

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

JEAN CARLOS BUENO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE INTERNET NOS CASOS
DE OFENSA À HONRA E À IMAGEM

FLORIANÓPOLIS-SC

2013

JEAN CARLOS BUENO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE INTERNET NOS CASOS
DE OFENSA À HONRA E À IMAGEM

Monografia apresentada à banca
examinadora do Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: PROF. DRA. LEILANE MENDONÇA ZAVARIZI DA ROSA

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A Responsabilidade civil dos provedores de internet nos casos de ofensa à honra e à imagem**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Jean Carlos Bueno**, defendida em **05/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (10), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9º da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

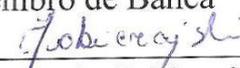
Florianópolis, 5 de Dezembro de 2013



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Guilherme de Souza Demaria
Membro de Banca



Heloisa Maria Sobierajski
Membro de Banca

Agradeço a Deus, pelo dom da vida, pelas graças recebidas, por ter chegado até aqui, e estar completando mais esta fase da minha vida.

Aos meus pais, que desde criança sempre incentivaram e cobraram meus estudos, ajudaram e apoiaram nos momentos de dificuldades. Por todo o apoio e incentivo intelectual e emocional, pela formação do meu caráter através de seus exemplos, por toda a educação que me deram.

À minha namorada, Ivana Gabriela, que sempre apoiou incentivou meus estudos e meus planos para a futura carreira, por todo o carinho e amor dedicados a mim, especialmente por suportar ao meu lado as dificuldades destes últimos momentos da graduação, por ser compreensiva e paciente, e pelas suas valorosas sugestões para esta monografia.

Aos meus amigos, por toda a preocupação e companheirismo, especialmente aos amigos do Movimento Água Viva Jovens - MAVJ, verdadeiros irmãos que Deus me deu, suas amizades são um grande tesouro.

Agradeço aos professores do Centro de Ciências Jurídicas, pelos cinco anos de formação, por todo o conhecimento, experiências, e conselhos passados.

Por fim, agradeço a Professora Leilane Mendonca Zavarizi Da Rosa, por toda sua dedicação, atenção e zelo pelos seus alunos. Por cada aula ministrada com grande didática, conhecimento, e maestria. Mais que uma professora um exemplo de pessoa, a qual eu tive a honra de ter como orientadora nesta monografia.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora, e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo verificar a incidência da responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet, em casos de dano a imagem e a honra, através de publicações realizadas pelos usuários dos serviços disponibilizados. Para isto, utilizou-se do método dedutivo com procedimento de análise da doutrina, jurisprudência e legislação nacional. Inicialmente buscou-se esclarecer a evolução e funcionamento da internet, a funcionalidade de cada servidor, e a liberdade de expressão na internet. Após abordou-se quanto a evolução da responsabilidade civil na humanidade, e da responsabilização objetiva e subjetiva, bem como a tutela da imagem e da honra no ordenamento brasileiro. Abordados estes assuntos, analisou-se alguns casos na jurisprudência, e embasado na pesquisa concluiu-se que os provedores não devem ser responsabilizados objetivamente pelo conteúdo veiculado na internet por seus usuários, salvo quando do conhecimento do ilícito, não agirem para coibir o mesmo, hipótese na qual respondem solidariamente pelo dano causado.

Palavras-chave: Provedores de internet, responsabilidade civil, ofensa a honra, ofensa a imagem, dano moral na internet.

ABSTRACT

This monograph aims to determine the incidence of liability of internet service providers in cases of damage the image and honor through publications made by users of the services provided. For this, we used a deductive method with analysis procedure doctrine, case law and national legislation. Initially we sought to clarify the evolution and functioning of the internet, the functionality of each server, and freedom of expression on the internet. After being approached as the evolution of civil responsibility in humanity, and the objective and subjective responsibility and the protection of the image and honor in the Brazilian legal system. Addressed these issues, we analyzed some cases in jurisprudence, grounded in research and concluded that providers should not be objectively liable for the content posted by users on the internet unless knowledge of the illegal, do not act to curb the same, in which event jointly liable for the damage caused.

Keywords: Internet providers, liability offense to honor offending image, moral damages on the internet.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A INTERNET E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE (HONRA, IMAGEM E PRIVACIDADE)	11
1.1 Internet e seu impacto social.....	11
1.2 O desenvolvimento da Internet.....	14
1.3 A função dos provedores.....	16
1.4 Liberdade de expressão e redes sociais.....	19
1.5 Os direitos da personalidade, honra, imagem e privacidade.....	24
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL	29
2.1 Breve síntese da evolução da responsabilidade civil.....	29
2.2 Da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.....	31
2.3 Responsabilidade Civil Subjetiva	32
2.4 Responsabilidade civil objetiva	38
2.5 Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor	44
3. COMO RESPONSABILIZAR OS PROVEDORES PELOS DANOS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	45
3.1 Responsabilidade dos provedores de acesso, correio eletrônico e hospedagem	45
3.2 Responsabilidade do provedor de conteúdo.....	48
3.3 Análise de alguns casos na jurisprudência pátria.....	51
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

Com uma história recente a Internet já modificou as relações sociais ao redor do mundo, criou novos horizontes, novos olhares, novos paradigmas, novas maneiras de se relacionar. Criada há pouco mais de quarenta anos teve seu uso inicial voltado para o desenvolvimento de atividades militares. Pouco mais de vinte anos após sua criação, na década de noventa, foi que passou a ser utilizada comercialmente para comunicação das pessoas, e também sua distração.

Em poucos anos a internet conquistou as pessoas especialmente a população mais jovem, o número de internautas cresceu vertiginosamente, os equipamentos que se conectam a rede mundial foram crescendo em variedade e tecnologia, e diante dessa nova realidade surgiram novos problemas jurídicos.

Inicialmente há uma nova atividade comercial desenvolvida, o serviço de provedor de internet, um serviço que até então nunca havia existido, com especificidades de acordo com o serviço prestado, assim surgiram provedores de acesso, de correio eletrônico, de conteúdo, de *backbone*, cada qual com suas peculiaridades.

Também com o novo mundo que a internet proporcionou, com diversas possibilidades de encontros, comunicação, compra e venda de mercadorias, expressão de ideias e sentimentos, surge um novo modo de se relacionar com as pessoas e com o mundo, e daí surgem novos ambientes para práticas ilícitas, que também se transferem do mundo físico para o espaço virtual dentre elas a calúnia, a difamação e a invasão da intimidade.

A intimidade, a honra e a imagem das pessoas são bens juridicamente tutelados, merecendo especial atenção na sua proteção no espaço virtual, onde uma informação pode ser vista em qualquer parte do mundo em tempo real, no momento em que é publicada, assim a ofensa, a calúnia, difamação tomam um alcance de proporções inestimáveis.

Nesse sentido buscou-se neste monografia analisar a responsabilidade civil dos provedores, nos casos em que publicações de usuários da rede causam prejuízos à outras pessoas com publicações ofensivas, e caluniosas, atingindo de sobremaneira a honra e a imagem das pessoas.

Na presente monografia utilizou-se do método dedutivo como técnica de pesquisa, através de uma análise da doutrina, e da jurisprudência pertinente à responsabilidade civil e responsabilidade dos provedores de internet.

Assim o trabalho encontra-se dividido em três capítulos, o primeiro retratando as características da internet, da liberdade de expressão e a tutela dos direitos da personalidade, honra, imagem e intimidade.

No segundo capítulo faz-se uma breve análise do desenvolvimento da responsabilidade civil nas sociedades, uma abordagem da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro, dando especial atenção a distinção entre a responsabilidade objetiva e subjetiva.

Por fim, no terceiro capítulo, aborda-se o caso proposto, quando ocorre a ofensa à honra, intimidade e a imagem através da internet, e de qual modo devem os provedores responderem por esses danos, que são causados por seus usuários.

1. A INTERNET E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE (HONRA, IMAGEM E PRIVACIDADE)

1.1 Internet e seu impacto social

A internet¹ é sem dúvida um dos inventos que causou maior transformação social na história da humanidade. Com uma história recente, praticamente duas décadas de utilização pela sociedade, a internet tornou-se um dos principais veículos de comunicação social, transmissão de notícias, publicação de fotos, vídeos, compartilhamento de momentos pessoais, organização de movimentos sociais, como as grandes manifestações ocorridas recentemente no Brasil.

Como afirmou Eric Schmidt: “A Internet é a primeira coisa que a humanidade criou e não entende, a maior experiência de anarquia que jamais tivemos”.²

Hoje a internet é algo essencial na vida de grande parte da população, o seu acesso não é mais restrito aos computadores ligados a cabos de rede, pode ser acessada por *tablets*, celulares, tanto por meio de serviços de internet móvel, como por redes sem fio em ambientes públicos como restaurantes, bares, fornecida gratuitamente aos seus frequentadores, fazendo parte do cotidiano das pessoas.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, compreendendo os anos de 2005 a 2011 mostra que:

Os resultados da pesquisa mostram que, em 2011, 77,7 milhões de pessoas de 10 anos ou mais de idade acessaram a Internet no período de referência nos últimos três meses. Este contingente equivalia a 46,5% do total da população de 10 anos ou mais de idade. Em 2009, o número de internautas foi estimado em 67,7 milhões, representando 41,6% da população-alvo. Nos anos de 2008 e 2005, estes totais foram estimados em 55,7 milhões (ou 34,7% da população-alvo) e 31,9 milhões (ou 20,9% da população-alvo), respectivamente.

De 2005 para 2011, a população de 10 anos ou mais de idade (população em idade ativa) cresceu 9,7%, enquanto o contingente de pessoas que utilizaram a Internet

¹ A internet é um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento. (CORRÊA, Gustavo Testa, 2000, p. 8)

² CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos Jurídicos da Internet. Saraiva 2000, p. 7

aumentou 143,8%, ou seja, em seis anos o número de internautas no País cresceu 45,8 milhões.³

Dos dados da pesquisa percebe-se que o crescimento no número de internautas cresce em um ritmo muito maior do que a população, o que demonstra claramente que o acesso à internet vem se expandindo, e tornando-se cada vez mais popular na sociedade brasileira, acompanhando o que é um fenômeno mundial.

Com isso, o acesso à informação ficou muito mais próximo da população, dúvidas quanto às características de uma doença diagnosticada em uma consulta médica, os efeitos de um remédio receitado, as preferências pessoais de alguém, outras fontes de uma notícia publicada em determinado jornal, a reputação de uma empresa, etc., tudo isso ficou mais acessível através da internet.

Para encontrar informações sobre uma empresa basta digitar o seu nome em um site de busca, para ter subsídios para saber e avaliar, se o produto é de qualidade, se o profissional é bom, se é entregue ou não. Aquela velha máxima *a melhor propaganda é de boca a boca*, hoje é muito mais real que antes talvez, se antes alguém falava para o vizinho que determinada empresa era boa, hoje alguém publicou essa informação em alguma página da internet, seja um perfil de rede social, seja um blog, fóruns de discussão sobre assunto em específico, etc. Assim o *boca a boca* toma uma dimensão muito maior, atingindo por vezes não só um ou dois vizinhos, mas dezenas, até centenas de pessoas.

Mas uma ferramenta tão poderosa, com grande potencial de disseminação do que é colocado na rede, pode também ser utilizada de forma negativa, que cause danos à determinadas pessoas, ou grupos, podendo ser um campo fértil para a prática de ilícitos, conforme se denota de matéria jornalística publicada recentemente, referindo-se ao estado de Santa Catarina:

A facilidade na comunicação e acesso a informações faz da internet um caminho sem volta, mas o uso cada vez mais intenso também tem consequências negativas, como o aumento de crimes virtuais. A incidência praticamente dobrou em Santa Catarina nos dois últimos anos, apontam dados da Secretaria de Segurança Pública. Até 30 de outubro deste ano foram registradas 1.641 ocorrências — um crescimento de 93% sobre o mesmo período de 2011.

³ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, Acesso à Internet e Posse de Telefone Móvel Celular para Uso pessoal, 2011 p. 32

O percentual é muito superior ao número de pessoas que compraram pela internet pela primeira vez no Brasil nesse tempo — alta de 60%. Também é maior que o incremento do faturamento das lojas de e-commerce, cujo aumento foi de 50%.⁴

Os dados apresentados na matéria mostram que o crescimento dos crimes é praticamente o dobro do crescimento do comércio eletrônico, e aproximadamente um terço maior que o crescimento do número de pessoas que tem acesso à rede. Na mesma matéria ainda é destacado que “o principal motivo que leva as pessoas a registrarem ocorrências são os delitos contra a honra, como difamação ou calúnia.”⁵

A dinamicidade da internet faz com que tudo se espalhe de uma forma muito rápida, o famoso caso da modelo brasileira Daniela Cicareli, flagrada em momentos íntimos em uma praia na Espanha, o vídeo foi gravado por um paparazzi e publicado no site *Youtube*, percorreu o mundo, e se tornou naqueles dias um dos assuntos mais comentados na internet⁶, assim também uma fofoca, uma calúnia, exposição de momentos íntimos de um casal na internet, podem ter um alcance muito grande, e um efeito devastador na vida de uma pessoa, prejudicando sua vida pessoal e profissional.

Dessa forma as agressões à honra, dignidade e intimidade das pessoas, possui hoje um fator multiplicador de sua eficiência, que é muito alto potencializando as agressões que podem ser cometidas nessa esfera, alcançado pelo dinamismo da rede, que espalha em segundos uma informação que pode ser acessada de qualquer parte do mundo, por um determinado grupo de pessoas, ou até mesmo a qualquer pessoa que busque, ou “esbarre” em um link que leva ao conteúdo publicado.

Frente a essa nova ferramenta, de uso social em que qualquer pessoa com um aparelho celular à mão pode publicar algo a ser visto no mundo todo, encontram-se problemas até então não vivenciados, e que surgem de forma muito voraz e dinâmica, não encontrando muitas vezes sua solução na mesma velocidade.

⁴ Diário Catarinense, 10/11/2013. Disponível em: <<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/polícia/noticia/2013/11/crime-virtual-aumenta-93-em-sc-4329382.html>> Acessado em 10/11/2013.

⁵ Ibid

⁶ Disponível em <<http://ego.globo.com/famosos/noticia/2012/07/google-vence-acao-que-daniella-cicarelli-move-por-cao-de-video.html>> Acessado em 13/11/2013.

1.2 O desenvolvimento da Internet

A internet teve seu início no final da década de 60 nos Estados Unidos da América. Nesta fase, tratava-se de um projeto militar, foi nominada originalmente como ARPANET.⁷

Seu objetivo era manter a comunicação, mesmo se houvesse a destruição de uma parte da rede em bombardeios, com uma rede onde não há um computador central, mas todos os sistemas se equivalem, assim em uma rede com três computadores, se um é destruído os outros dois mantinham sua comunicação, independente de qual fosse o computador destruído. No início era utilizada somente para a transmissão de textos, transmitido entre os militares.

Baseado neste conceito, em outubro de 1969, com uma comunicação entre a Universidade da Califórnia e um centro de pesquisa em Stanford, entrou em operação a ARPAnet (Advanced Research Projects Agency Network), inicialmente ligando quatro computadores. Posteriormente, mais computadores se juntaram a estes, pertencentes a outras universidades, centros de pesquisa com fins militares e indústrias bélicas.⁸

Na década de 70 foi primeira vez que se utilizou o termo *Internet*, para se referir a rede até então chamada ARPANET. Esse nome se deu pela invenção de Vinton Cerf e sua equipe, que tentavam conectar três redes diferentes, em 1973 realizam a primeira conexão intercontinental, entre Estados Unidos e Noruega.⁹

O grande salto da internet foi com a mudança do protocolo de comunicação, para o TPC/IP (Transmission Control Protocol / Internet Protocol).

O método desenvolvido por Vinton Cerf e sua equipe surgiu para substituir o Network Control Protocol (NCP), que já estava obsoleto na época e se limitava a controlar a comunicação entre os computadores na ARPANET, sem corrigir falhas no envio. Já com o TCP/IP, qualquer mensagem transmitida de forma errada é rapidamente

⁷ MONTEIRO, Luís. A internet como meio de comunicação: possibilidades e limitações. Disponível em: <http://www.jack.eti.br/www/arquivos/documentos/trabalhos/fae/Trabalho_Redex_Adinarte_26032008.pdf> acessado em 13/11/2013

⁸ Ibid

⁹ KLEINA, Nilton, A história da Internet: Pré-década de 60 até anos 80 [infográfico], Disponível em <<http://nzn.me/a9847>> Acessado em 12/11/2013.

reenviada. A oficialização dele como protocolo único na ARPANET, entretanto, só ocorreu em 1983.¹⁰

No mesmo ano de 1983, a rede foi dividida para uso civil e uso militar, a rede de uso militar passou a se chamar MILNET, enquanto a rede para uso civil, de interesse científico continuou com o nome ARPANET.¹¹

Já no final dessa década surge um sistema capaz de interagir em tempo real e de forma menos formal que o email, o IRC – Internet Relay Chat, criado pelo finlandês Jarkko Oikarinen.¹²

No ano de 1989 engenheiro inglês Tim Bernes-Lee desenvolveu a World Wide Web, que possibilitou uma melhor interface para a navegação na internet, baseada na tecnologia do Hiper Texto.

A internet e a WWW ou world wide web (que quer dizer algo como “teia de alcance mundial”, em inglês) não são sinônimos, embora freqüentemente utilizemos esses termos como tal. Na realidade, a WWW é um espaço que permite a troca de informações multimídia (texto, som, gráficos e vídeo) através da estrutura da internet. É uma das formas de utilização da Rede, assim como o e-mail (correio eletrônico), o FTP (File Transfer Protocol) ou outros menos conhecidos atualmente.¹³

Assim que os primeiros browsers foram desenvolvidos para os sistemas operacionais mais comuns (Windows e Apple Macintosh), a WWW foi imediatamente adotada pela comunidade da internet, sendo responsável – juntamente com a disseminação dos computadores pessoais – pelo grande crescimento da internet verificado na década de 1990, com um aumento de 50% a cada ano em média (DIZARD, 2000, p. 24)¹⁴

O grande diferencial dessa tecnologia, é que com um *mouse* o usuário pode navegar através de diferentes informações, desde imagens, multimídia, textos, que podem ser interligados entre si, assim a transmissão de dados pela internet saiu do formato “somente texto”.

¹⁰ KLEINA, Nilton, A história da Internet: Pré-década de 60 até anos 80 [infográfico], Disponível em <<http://nzn.me/a9847>> Acessado em 12/11/2013.

¹¹ Ibid

¹² MONTEIRO, Luís. A internet como meio de comunicação: possibilidades e limitações. Disponível <http://www.jack.eti.br/www/arquivos/documentos/trabalhos/fae/Trabalho_Reddes_Adinarte_26032008.pdf> acessado em 13/11/2013

¹³ Ibid

¹⁴ Ibid

Em meados da década de 90, devido o grande aumento no número de usuários da internet, a sua administração foi transferida para entidades não governamentais, que são as encarregadas de estabelecer padrões de infraestrutura registrar domínios, sendo no Brasil desempenhada essa função pelo Comitê Gestor da Internet.¹⁵

Nessa mesma época foi que o governo brasileiro passou a incentivar o acesso à internet pela população através das empresas privadas de telecomunicação. Desde então, a internet no Brasil experimentou um crescimento espantoso, notadamente entre os anos de 1996 e 1997, quando o número de usuários aumentou quase 1000%, passando de 170 mil (janeiro/1996) para 1,3 milhão (dezembro/1997). Em janeiro de 2000, eram estimados 4,5 milhões de “internautas”.¹⁶

1.3 A função dos provedores

Para o funcionamento de toda a rede tem-se os provedores, estes fornecem diferenciados serviços que se complementam a assim possibilitam que um usuário utilize o seu serviço de e-mail, acesse uma página de notícias, faça buscas pela rede, publique fotos, vídeos, arquivos diversos ou apenas se mantenha conectado.¹⁷

A arquitetura da rede mundial de computadores impõe necessariamente a participação de novos agentes nas relações jurídicas virtualmente concebidas. É

¹⁵ O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) foi criado pela Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995 e alterada pelo Decreto Presidencial nº 4.829, de 3 de setembro de 2003, para coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços Internet no país, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação dos serviços ofertados.

Composto por membros do governo, do setor empresarial, do terceiro setor e da comunidade acadêmica, o CGI.br representa um modelo de governança na Internet pioneiro no que diz respeito à efetivação da participação da sociedade nas decisões envolvendo a implantação, administração e uso da rede. Com base nos princípios de multilateralidade, transparência e democracia, desde julho de 2004 o CGI.br elege democraticamente seus representantes da sociedade civil para participar das deliberações e debater prioridades para a internet, junto com o governo.

Disponível em < <http://www.cgi.br/sobre-cg/definicao.htm>> acessado em 25/11/2013.

¹⁶ MONTEIRO, Luís. A internet como meio de comunicação: possibilidades e limitações. Disponível em: <http://www.jack.eti.br/www/arquivos/documentos/trabalhos/fae/Trabalho_Redes_Adinarte_26032008.pdf> acessado em 13/11/2013.

¹⁷ ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS Sérgio Cabral dos; Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10422&revista_caderno=17#_ftnref5> Acessado em 13/11/13.

exatamente nessa seara de novas relações – com o aparecimento de várias figuras até então inexistentes para o mundo jurídico – que se insere o provedor de Internet.¹⁸

[Provedores] São figuras essenciais à vida da Internet, não só por lhe permitirem o acesso à distribuição do sinal, como pela prestação de serviços através de proprietários de microcomputadores que se acham interligados à Rede.¹⁹

Cada provedor desempenha uma função na Internet, assim também atribui-se determinadas responsabilidades à cada um de acordo com o serviço prestado.

Servidores de *backbone* são provedores de grande fluxo, não tem uma relação direta com o usuário da rede, conectam grandes redes de cada país às demais criando conexões entre estas, cada país deve ter seu provedor de *backbone*, com protocolo TCP/IP para se conectar na rede mundial.

O termo *backbone*, do inglês, significa espinha dorsal. Assim, provedor de *backbone* é a pessoa jurídica que, à semelhança do que faz a espinha dorsal em relação ao corpo humano, confere sustentação ao intenso fluxo de dados que trafega via *internet*, suportando o elevado custo desta atividade e redistribuindo o acesso aos demais agentes. No Brasil, por exemplo, a Embratel é um provedor de *backbone*, responsável por interligar o país às redes mundiais.²⁰ (grifos no original)

Aos provedores de *backbone* se conectam os provedores de acesso, que permitem que o usuário se conecte à rede.

Os provedores de acesso por sua vez, são aqueles que permitem ao usuário, acessar a rede, como seu nome já dá a entender. Sua função precípua é permitir que a máquina do usuário, esteja conectada na rede, para assim o usuário utilizar dos serviços disponíveis que desejar.

Note-se que o conceito de provedor de acesso contempla, exclusivamente, a disponibilidade de conexão à rede, não incluindo os serviços acessórios, dependentes

¹⁸ LOURENÇO, Shandor Portella, A responsabilidade civil extracontratual dos provedores pelos danos causados através da internet. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/shandor_portella_lourenco.pdf> p. 489 Acessado em 19/11/13.

¹⁹ MONTENEGRO, Antonio Lindberg. A Internet em suas Relações Contratuais e Extracontratuais. 2003, Lumen Juris, p.29

²⁰ PARENTONI, Leonardo Netto. Responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet: Breves notas. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6314>. Acessado em 18/11/13.

dessa conexão, como o gerenciamento de contas de correio eletrônico ou a disponibilização de espaços destinados ao armazenamento de dados, com ou sem divulgação a terceiros.²¹

Provedores de correio eletrônico são os responsáveis por disponibilizar o serviço de e-mail aos clientes, permitem a troca de mensagens eletrônicas entre usuários, seu arquivamento, edição.

Já os provedores de hospedagem são aqueles responsáveis por hospedar um conteúdo publicado pelo usuário na rede.

Oferecem, portanto, espaço no disco rígido de servidores conectados de forma dedicada à rede Internet, por meio de uma conexão de acesso, geralmente de alta largura de banda, possibilitando a uma empresa ou a um simples internauta hospedar seus websites e torná-los visíveis e acessíveis em qualquer lugar. Logo, funcionam como uma espécie de hospedeiros tecnológicos virtuais, disponibilizando espaço para o uso e gozo de seus usuários, assim como faz um locador.²²

O usuário que contrata esse serviço tem um espaço, com determinada capacidade de armazenamento, disponível para publicar o conteúdo que pode ser visto por todos na internet, geralmente utilizado por empresas, organizações, mas também por usuários domésticos.

O provedor de conteúdo por sua vez, fornece o conteúdo disponível na internet, que é a informação publicada, que pode ser acessada, visualizada pelos internautas. Essa informação é produzida pelo provedor de conteúdo, por seus prepostos ou por terceiros que possuem acesso permitido ao provedor.

Importa frisar que comumente se encontram provedores de conteúdo publicando informações produzidas por seus usuários ou até terceiros, a exemplo dos famosos blogs, fóruns e sites de relacionamentos, tais quais Facebook e Orkut. Nesses, os reais autores da informação, pessoa natural ou jurídica que realmente criam os textos, vídeos, imagens ou áudios a serem exibidos, são conhecidos pela doutrina através da terminologia “provedores de informação”. Dessa maneira, deve-se frisar que não é

²¹ PARENTONI, Leonardo Netto. Responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet: Breves notas. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6314>. Acesso em 18/11/13.

²² ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS Sérgio Cabral dos; Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10422&revista_caderno=17#_ftnref5> Acessado em 13/11/13.

exercido por parte do provedor um controle editorial sobre o conteúdo disponibilizado. Isso ocorre, apenas quando o material é desenvolvido pelos seus prepostos, atuando também, nesse caso, como provedores de informação.²³

Assim percebe-se que determinados serviços de conteúdo na internet possui um amplo número de *provedores de informação*, e que nos casos de redes sociais nada pagam para ter esse serviço disponível ao seu acesso.

Considerando que os provedores, de acesso e conteúdo, tornaram-se ferramentas necessárias para a prática dos crimes cibernéticos, cresce exponencialmente o risco da atividade, transformando a oferta em fator de responsabilidade.²⁴

Diante dessa hipótese de risco, seria então um direito dos provedores de conteúdo censurarem previamente as publicações de seus usuários? Realizando assim um controle de conteúdo que pode ser visualizado.

Atualmente uma página intitulada *The Faces of Face*²⁵, ao carregar as imagens de todos os perfis de usuários do site de relacionamento Facebook, contabiliza mais de 1,2 Bilhão de perfis, então indaga-se, ainda que fosse permitida uma censura prévia, seria tecnicamente possível? Essas questões serão tratadas mais tarde nesta monografia.

1.4 Liberdade de expressão e redes sociais

A liberdade de expressão como valor intrínseco para o desenvolvimento de uma sociedade livre, e mais humanitária é tutelado constitucionalmente no ordenamento brasileiro.

Vem tutelado no artigo 5º o qual abre o título dos direitos e garantias fundamentais, localizando-se especificamente no inciso IV que dispõe: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

²³ ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS Sérgio Cabral dos; Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10422&revista_caderno=17#_ftnref5> Acessado em 13/11/13.

²⁴ RABANEDA, Fabiano, A responsabilidade civil dos provedores. Disponível em: <http://www.fenainfo.org.br/artigos_ver.php?id=9> Acessado em 13/11/13.

²⁵ A página consiste em um sistema que reuniu todas as imagens de perfil utilizadas na página de relacionamentos Facebook, em uma só página, permitindo a visualização desse perfil com um clique sobre a imagem. Disponível em: <http://app.thefacesoffacebook.com/?utm_medium=App.net&utm_source=PourOver>

Como já visto a humanidade nunca esteve presente de uma ferramenta tão desconhecida e tão versátil como a internet, nunca na história um cidadão comum teve o poder de disseminar uma ideia, uma opinião como tem hoje com a internet uma ferramenta de alcance mundial.

Porém tal ferramenta permite também uma maior facilidade para a prática de ilícitos, especialmente contra a imagem e à honra da pessoa, se a liberdade de expressão é um direito fundamental a honra e a imagem também são, conforme o inciso X, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que declara “são invioláveis, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Então como garantir a efetividade da proteção à honra, imagem, e ao mesmo tempo da liberdade de expressão na internet? Diante desse dilema pode-se utilizar das duas hipóteses desenvolvidas por John Borking, que se utilizou de um método chamado *técnica dos cenários*, para propor prognósticos da sociedade informatizada, criando dois cenários, um chamado *big brother* que seria o Estado forte, vigilante, e o *Little Sister*, que seria o Estado fraco, da seguinte forma:

No cenário *big brother*, a partir do problema de combate à criminalidade digital (por exemplo, a lavagem de dinheiro), pode-se imaginar, no futuro, um Estado altamente controlador das comunicações por meios eletrônicos, por meio de instrumentos como a redução do homem a um número único, capaz de identifica-lo em todos os seus documentos civis, e criminais. Nesse cenário, contra a ineficiência de uma organização fundada na tripartição dos poderes, cresceria o poder de gestão administrativa, possibilitando a instantaneidade da imposição de multas, de tributos, de medidas preventivas. Em consequência, teríamos um clima social de grande conformismo, com redução da esfera privada e uma certa dissolução do indivíduo em seu papel de cidadão, em troca de uma versão abstrata da cidadania.

No cenário *little sister*, haveria uma espécie de privatização das funções estatais de controle, pela progressiva comercialização dos serviços públicos, inclusive e especialmente no que se refere a bancos de dados, tendo por consequência um enfraquecimento do poder constituído no combate à criminalidade digital, cuja prevenção se tornaria uma questão de interesses de grupos sociais e não da coletividade. Com isso teríamos um certo clima social de apatia. Com formação de verdadeiras “seitas” eletrônicas, para não dizer “máfias” e, em decorrência, o aparecimento de uma

nova divisão de classes: os (eletronicamente) informados contra os desinformados.²⁶
(grifos no original)

As hipóteses levantadas vão além do que se vê na realidade, a parecem até um tanto exageradas, mas servem para ilustrar os dois aspectos da liberdade ou da falta dela na internet. Responsabilizar os provedores de conteúdo por toda a informação contida em suas páginas na internet fará com que os mesmos passem a restringir as informações contidas em seus domínios, restringindo de forma bastante grave as liberdades especialmente de expressão e comunicação nas redes sociais e na internet de modo geral.

Ademais tal restrição pode por fim a privacidade nas comunicações via e-mail, ou através de servidores de conversação em tempo real, o que pode ser um alto custo, para se evitar danos na internet. Porém responsabilizar somente os usuários poderia se criar um caos no espaço virtual, onde a impunidade seria regra, e a responsabilidade exceção.

Veja-se, por exemplo, o debate ocorrido, nos Estados Unidos, a propósito do *Communications Decency Act* (CDA), legislação de 1996 que estabelecia punições criminais pela distribuição de material “indecente” pela Internet, de tal modo que a elas tivessem acesso menores de idade. A questão era saber se o provedor deveria ser visto como mero instrumento de circulação de informações ou se deveria ser responsabilizados como editores. O problema estava na oposição entre a proteção de menores e o direito à livre informação e opinião. A batalha judicial que se seguiu terminou em 1997, com uma decisão da Suprema Corte, que rejeitou a CDA, com base nos argumentos dos juiz Dalzell, que havia dito: “...a Internet pode ser vista justamente como uma conversação mundial sem fim. Como a forma mais participativa de discurso de massa até agora desenvolvida, a Internet merece a maior proteção contra a interferência governamental. Na exata medida que a força da Internet é o caos, assim também a força da nossa liberdade depende desse caos e da cacofonia do discurso sem peias que a Primeira Emenda protege” (cf. David Brin, *The transparente society*, 1998, p.129)²⁷ (grifos no original)

Este é o ponto nodal da análise quanto à liberdade de expressão na internet, em especial nas redes sociais, se são ou não os provedores responsáveis por todo o conteúdo que levam até os internautas, pois responsabilizar os provedores por todo o

²⁶ FERRAZ JR, Tercio Sampaio, A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação, *in* Direto e internet, Revista dos Tribunais 2001, p. 241-242.

²⁷ *Ibid*, p. 242.

conteúdo veiculado significa permitir que estes definam, o que pode e o que não pode ser visto na rede.

Ainda que se venha a exigir tal conduta dos provedores e permitir esse controle, o mesmo esbarra em limites técnicos e econômicos para tal, que poderia impor um alto custo a manutenção dos serviços de internet freando seu crescimento ou até mesmo causando seu retrocesso.

Em relação à viabilidade técnica de controle de conteúdo dos sítios de informação, é comum a menção à metodologia da “filtragem”. Através desse mecanismo, o provedor promoveria o bloqueio de qualquer arquivo vinculado a um tipo de informação previamente definida pelo responsável pelo serviço.

O funcionamento desse mecanismo de controle sofre críticas de três naturezas: a) a primeira, quanto à sua ineficácia; b) a segunda, de que o mecanismo sempre extrapola os limites específicos para os quais foi criado; e c) que tal controle afeta a “neutralidade da rede”, conforme sua concepção mundialmente já aceita.²⁸

Esse tipo de mecanismo filtra os conteúdos por palavras-chave ou então por classificação de endereços, então para que seja enganado, basta alterar o nome do arquivo, ou aloca-lo em outro endereço e a filtragem já falharia, ainda esta acaba por bloquear conteúdos legítimos que não se enquadram no que esta se buscando bloquear.

Intimamente relacionado a tal assertiva é a alegação de que a filtragem viola a “neutralidade da rede”. Por essa concepção, o espaço virtual, por ser cosmopolita e desvinculado de qualquer interesse ou valor local, deve ser livre de qualquer delimitação.²⁹

Por ser um espaço livre, sem fronteiras, onde todos podem ser vistos, ouvidos por qualquer pessoa, é que merece a internet uma especial atenção da legislação quanto a sua liberdade. O seu crescimento, e sua popularidade, sua eficiência como ferramenta de comunicação, se sucedeu devido à liberdade nela encontrada, uma liberdade de comunicação e expressão sem precedentes na história da humanidade.

²⁸ LOURENÇO, Shandor Portella, A responsabilidade civil extracontratual dos provedores pelos danos causados através da internet. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/shandor_portella_lourenco.pdf> p. 494 Acessado em 19/11/13.

²⁹ Ibid, p. 495.

Ainda nesse viés das impossibilidades, há a impossibilidade, ou dificuldade, econômica para desenvolver controles de acesso dos usuários, de modo a criar uma identificação digital de cada internauta, e posterior arquivamento das informações de seus acessos e publicações.

Segundo dados levantados pela Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede Internet (Abranet), os custos de implantação desses mecanismos seriam em torno de R\$ 13.200.000,00 (treze milhões e duzentos mil reais) para guardar as informações de acesso por três anos e de R\$ 4.200.000.000,00 (quatro bilhões e duzentos milhões de reais) anuais correspondentes à certificação digital dos trinta e três milhões de usuários brasileiros.³⁰

Constata-se que impor aos provedores a exigência de adotar todas as medidas tecnicamente possíveis para garantir um ambiente virtual mais seguro, incorreria em um grande risco de causar um colapso no desenvolvimento da atividade, podendo causar sérios retrocessos das conquistas sociais que a internet já propiciou à sociedade.³¹

Mas também não há como ficar o direito inerte frente às modificações da sociedade com o avanço da internet e sua difusão. A transformação social que vem causando a internet e a informática de um modo geral são fenômenos que merecem demasiada atenção dos cientistas sociais, dentre estes dos juristas.

As mudanças comportamentais, as novas modalidades de crimes, de disseminar golpes, falsas informações, causar agressões psicológicas, especialmente à honra das pessoas, maneiras de responsabilizar e coibir as más ações na rede, sem restringir a liberdade daqueles que a usam de modo benéfico, são temas que devem ser analisados e estudados para que se possa alcançar um sadio desenvolvimento da internet e da sociedade.

Nesse sentido será buscado nessa monografia modos de como o direito deve responder frente a essa nova realidade, de que maneira devem ser responsabilizados os

³⁰ LOURENÇO, Shandor Portella, A responsabilidade civil extracontratual dos provedores pelos danos causados através da internet. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/shandor_portella_lourenco.pdf> p. 496 Acessado em 19/11/13.

³¹ Como medidas de segurança possíveis cogita-se da identificação dos usuários pela certificação digital, o que, na prática, equivaleria à atribuição de uma identidade eletrônica aos internautas. O armazenamento por parte dos provedores dos dados de conexão de seus clientes por um determinado lapso temporal.

servidores de internet e/ou seus usuários, frente aos casos de ofensa a honra e imagem de terceiros.

1.5 Os direitos da personalidade, honra, imagem e privacidade

Os direitos da personalidade, são tutelados pelo ordenamento jurídico, dentro deste campo do direito estão compreendidos a honra e a imagem, a vida privada. São direitos natos à pessoa humana, não podendo dele dispor, ou negar.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, esses direitos encontram guarida no art. 5º, compondo o rol dos direitos fundamentais inserido compondo parte das cláusulas pétreas da nossa constituição.

A proteção dos direitos da personalidade sofreu grande evolução nos últimos séculos na esfera constitucional, com tímidas inserções nas constituições anteriores vindo a ser amplamente protegido na nossa Constituição de 1988.

Porém a proteção da moral humana não é recente nos ordenamentos jurídicos o “Código de Manu, que data de 1.300 a 800 a.C, já dispunha que: ‘Se um homem censura a outro por ser zoroastriano, coxo ou ter uma enfermidade humilhante, ainda que diga a verdade, deve pagar a fraca multa de um *karkapana*’³²

Os direitos da personalidade são *erga omnes*, oponíveis a todos, todos têm o dever jurídico de não infringir tais direitos. Fazem parte da pessoa, dela não se podem desassociar, são inerentes a sua existência, surgem com o nascimento da pessoa com vida, art. 2º do Código Civil³³, e acabam com sua morte.

Assim são vitalícios porque acompanham ao seu titular até o seu falecimento, embora alguns, como o corpo morto e suas partes, o respeito, a imagem, a honra, mesmo após a morte de seu titular, merecem certo amparo do ordenamento jurídico.³⁴

São indisponíveis, pois não podem ser transmitidos a outra pessoa, não são passíveis de transmissão por herança, mas isso não impede que alguns direitos sejam vendidos, como a autorização ao uso da imagem, em publicidades.

³² LOURENÇO, Letícia Caricari Seco Maciel, Origem histórica da responsabilidade civil, 2003, p.29 Apud OLIVEIRA JR, Artur Martinho de, Danos Morais e à Imagem, 2007, p.18.

³³ Código Civil. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

³⁴ OLIVEIRA JR, Artur Martinho de, Danos Morais e à Imagem, Lex Editora São Paulo 2007, p. 23

Segundo René Ariel Dotti a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais.”³⁵ A violação desta esfera secreta da vida de um sujeito, tornando público através de um simples fofoca ou, e principalmente por, meios de comunicação, geram danos de ordem moral, e até mesmo material que devem ser indenizados. Tornar público aquilo que faz parte do íntimo, do secreto, de uma ou duas pessoas fere a dignidade da pessoa, sua honra, sua moral, todos tem seus medos, sua intimidade, sua particularidade que não devem ser reveladas a ninguém que não seja de sua intimidade e confiança, todos tem o direito a resguardar seus segredos e intimidades.

O inciso X do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil assim dispõe a respeito: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Dentre os direitos da personalidade tutelados destaca-se a intimidade, imagem e a honra, vejamos então cada um desses bens jurídicos, e sua tutela.

A vida íntima é um direito intrínseco ao ser humano, viver a sua vida privada particular, ter intimidade da vida conjugal, da vida familiar, tal direito é tão forte entre as pessoas que gerou até um ditado popular “Roupa suja se lava em casa”, e isso é a intimidade das pessoas, suas relações interfamiliares não competem à sociedade, são da intimidade da família, do casal, filhos e daqueles envolvidos, tal direito encontra sua limitação quando envolver agressão física ou psicológica, ou outros tipos de crime, onde o interesse público, prevalece sobre o particular.

Assim todos têm direito a ter sua vida privada, dividida somente com aqueles que fazem parte desta, e qualquer violação que cause danos estará sujeita a ação judicial de reparação de danos.

A honra de uma pessoa é aquilo que ela representa perante a sociedade, vai além de sua imagem veiculada, desenho, fotografia, vídeo, mas a imagem que ela como pessoa possui perante os demais, está ligada com seus atos, seu comportamento.

Quando há ofensa à honra de uma pessoa causa-se um dano na sua esfera psíquica, pois para todos se faz importante (uns pouco outros mais) a sua imagem

³⁵ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros. São Paulo. 2010, p 207

perante os demais, sua aceitação, cabendo nesse caso uma recomposição pecuniária pelo dano moral sofrido. Porém essa honra pode estar ligada a imagem da pessoa perante os demais, ou a imagem que a pessoa tem de si perante os demais, sua autoestima.

Importante diferenciar essas duas dimensões que honra possui a honra subjetiva e a honra objetiva.

Honra subjetiva é aquela imagem que a pessoa tem de si, sua autoestima, esta diretamente associada ao modo como a pessoa vê que os demais da sociedade a enxergam. Esta esfera da honra é a mais íntima repercute no modo como a pessoa se sente perante a sociedade, reflete em suas atitudes, seu modo de apresentar-se.

O ser humano sempre buscou a aceitação dos seus, na sociedade atual a aceitação social confere status, prestígio social, ser aceito pelos colegas de trabalho, pelo círculo de amizades, pelas pessoas que a rodeiam é necessidade intrínseca ao ser humano.

Dessa imagem que uma pessoa passa de si para os demais temos a honra objetiva, que está ligada diretamente ao modo como os demais veem a pessoa, a honra objetiva é a imagem que os demais têm da pessoa, pelo seu comportamento, pelo seu status social, pelas pessoas com quem anda, pelo cargo que exerce, a sociedade tem uma boa ou má imagem daquela pessoa.

A honra subjetiva (a estima que cada pessoa nutre por si mesma) e a objetiva (a reputação de que goza cada pessoa entre os seus conhecidos) não podem ser prejudicadas por opiniões ou narrativas de outras pessoas. Em princípio, mesmo que as opiniões sejam fundamentadas ou as narrativas verdadeiras, preserva-se, em nome da boa convivência, a honra da pessoa de quem se fala. O direito à honra só é limitado pela “exceção da verdade” se a narrativa imputa à pessoa a prática de crime. Nesse caso, o interesse público na apuração dos fatos e punição do criminoso transcende o interesse privado de proteção da honra.³⁶

Ferir a sua honra significa prejudicar essa imagem social que a pessoa possui, denegrir a imagem, causar uma má impressão perante os demais. Diversas são as maneiras de se ferir a honra, inscrever a pessoa em cadastro negativo de devedores sem possuir dívidas, sendo neste caso o dano moral já presumido, imputar-lhe fatos

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de Direito Civil, Parte Geral, Saraiva. São Paulo. 2009, p. 213

reprováveis pela sociedade, divulgar informações de sua intimidade, através de fofocas, ou por meio de redes sociais, meios de comunicação.

Sempre que violada a honra, poderá ser objeto de reparação através de indenização a fim de compensar o dano sofrido.

A imagem da pessoa já está ligada mais a sua afeição física, imagem-retrato, que pode ir além de sua imagem propriamente dita, mas a sua voz, ou alguma expressão que identifique a pessoa, não pode ser alienada no sentido de não poder ser transferida a terceiros, mas pode ser comercializado o direito de sua utilização, pode ser determinado a proibição de sua veiculação pelos meios de comunicação, uso em redes sociais. O valor da imagem está inteiramente ligado a notoriedade da pessoa que é sua detentora, especialmente àqueles que vivem da comercialização de sua imagem, mas não é exclusiva destes, toda pessoa tem direito de não querer ver sua imagem veiculada em programas de televisão, periódicos ou páginas da internet.

O direito à imagem-retrato, em seu feitiço extrapatrimonial, submete a divulgação do retrato de uma pessoa, em suporte estático (fotografia, desenho, pintura) ou dinâmico (filme, televisão), ao seu consentimento. O direito à imagem não existe: a) no atendimento às necessidades da administração da justiça ou manutenção da ordem pública; b) na divulgação de fatos de interesse jornalístico; c) nos eventos sociais tornados público pelo organizador.³⁷

Já a imagem-atributo está relacionada aos atributos que a pessoa tem perante seu círculo social, fiel/infiel, educada/grosseira, entre outros.

Vale dizer que a imagem-atributo é, portanto, o conjunto das características que o indivíduo demonstra no exercício de seu papel social. Ela se compõe dos atributos que o indivíduo reúne durante e por ocasião das atividades que desenvolve no meio social ou, ainda, se forma de acordo e como consequência daqueles atos que o indivíduo pratica durante sua vida no meio social de sua convivência, em sua comunidade. Se pratica atos bons, boa será sua imagem-atributo. Se pratica atos maus, má será sua imagem-atributo.³⁸

Daí toda pessoa tem direito a proteger a sua imagem cultivada, e se injustamente lhe é imputado um ato negativo, tem o direito de recuperar a sua imagem denegrida.

³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de Direito Civil, Parte Geral, Saraiva. São Paulo. 2009, p. 208

³⁸ OLIVEIRA JR, Artur Martinho de, Danos Morais e à Imagem, Lex Editora São Paulo 2007, p. 49

Assim, toda e qualquer representação ou expressão da personalidade de um homem, ou de identificação de uma pessoa jurídica, é imagem para fins do Direito.

Por isso, entendemos que a imagem da pessoa consiste em todos os signos ou meios perceptíveis, visuais, gráficos, sonoros ou virtuais que a representem e se constituam em formas de sua identificação ou revelação de sua identidade; por essa razão a imagem se expressa como forma de reconhecimento da pessoa junto ao meio social em que está inserida, tanto no aspecto físico como no moral (de atributo).³⁹

Contudo os direitos a imagem não são ilimitados, encontram seu limite especialmente quando confrontam com o interesse público, como no interesse jornalístico, ou quando a pessoa se encontra em evento público, lugar público, ou ainda quando procurado pela polícia, e tem sua imagem, retrato falado divulgado nos meios sociais a fim de que seja encontrado. Nestes caso não cabe ao titular da imagem pleitear a proibição de sua veiculação, já que sei direito privado a imagem, encontra limites no interesse geral.

Se a intimidade, a imagem e a honra são patrimônios jurídicos da pessoa, podem sofrer danos de terceiros, o que enseja a responsabilização daquele que por algum ato, que seja sua reponsabilidade, causou prejuízo à vítima. Como são direitos extrapatrimoniais intrinsecamente ligados ao intimo do ser humano difícil é de se quantificar quanto “vale” a honra, a imagem, a intimidade invadida de uma pessoa, mas as indenizações tem o condão de compensar o mau causado, sendo também utilizado em muitos casos o caráter pedagógico da pena a fim de inibir que o autor do dano repita a ação ilegal.

Porém não há como dizer que determinado valor paga a vergonha passada, a humilhação ou o vexame causado a alguém. Mas pode causar um conforto, um compensação pelo mal sofrido, o sentimento de justiça feita, dando um pouco de conforto a vítima, sendo impossível com a indenização voltar ao *status quo ante*, como ocorre da liquidação do dano patrimonial e seu ressarcimento.

³⁹ OLIVEIRA JR, Artur Martinho de, Danos Morais e à Imagem, Lex Editora São Paulo 2007, p. 44.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Breve síntese da evolução da responsabilidade civil

A palavra responsabilidade deriva do latim *responsus*, particípio passado do verbo *respondere*, que sugere a ideia de responder pelos atos.⁴⁰ A ideia que norteia a responsabilidade civil é a preocupação de evitar a subsistência de um prejuízo injusto, impondo um deslocamento patrimonial do lesante para o lesado.⁴¹

No início da humanidade quando algum dano era causado não se levava em consideração o fator culpa do agente, o simples fato de haver o dano já provocava a reação imediata do indivíduo, sem regras, sem limitações, o que era na verdade uma vingança privada, punia-se o mal com o mal, esse modo de reparação de danos é comum a todos os povos primitivos.

Com um relativo desenvolvimento da sociedade humana, mais tarde já com uma regulamentação surge a lei de Talião *olho por olho, dente por dente*, ainda que um tanto selvagem, esta já impõe limites ao direito de reagir a uma ofensa, mas não havia diferenciação entre o ilícito civil e o ilícito penal. O legislador se apropria da iniciativa particular, intervindo para declarar quando e em que condições a vítima tem o direito de retaliação (*vindita mediata*).⁴²

Posteriormente com maior desenvolvimento do direito substitui-se a *vindita*, pela composição voluntária, na qual a vítima poderia auferir vantagens e compensações econômicas a fim de reparar o dano sofrido.

Então com uma soberania da autoridade estatal, é que a lei veda à vítima de fazer justiça pelas próprias mãos. Entretanto é com os Romanos que passa a ter um maior desenvolvimento da legislação, e então, o Estado assume a função de punir, surge a composição tarifada. A Lei das Doze Tábuas fixava, nos casos concretos, o valor da

⁴⁰ Garcez Neto, 2000, p. 42 Apud MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 41

⁴¹ Pessoa, 1995 p. 11 Apud MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 41

⁴² Dias, 2006, p. 17 Apud MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 45

pena a ser paga pelo ofensor. [...] Não existia ainda um princípio geral de responsabilidade civil.⁴³

Assim numa sequencia evolutiva, a Lei de Aquília derogou todas as leis que antes dela tratavam do dano como injúria, não só a Lei das Doze Tábuas, como qualquer outra.⁴⁴ Pautava-se esta no dano causado aos bens da vítima, o dano deveria ser afeto à vítima para ser ressarcido, sendo a responsabilização por culpa como um critério secundário.

Todavia, a respeito dessa famosa lei, é preciso enfatizar que no direito romano a responsabilidade por culpa nunca chegou a constituir um princípio geral, ficando a sua aplicação restrita a hipóteses limitadas.⁴⁵

Desde a Antiguidade já se defendia a responsabilidade sem culpa como um fundamento mais humano, além de se identificar com o sentimento de solidariedade social, chegando-se à conclusão de que cada um deve sofrer o risco dos seus atos, sempre que do ato resultar dano e, precisamente em razão desse dano, não há necessidade de investigar se houve ou não culpa.⁴⁶

Somente na Idade Moderna se registrou o segundo momento, representado pela formulação do princípio geral da *não-responsabilidade sem culpa*, que se deve essencialmente aos juristas da escola de direito natural dos séculos XVII e XVIII, a chamada escola jusracionalista, na qual o direito era fundado na razão.⁴⁷

Com suporte legislativo no art. 1.382 do Code Napoleón, interpretando-se a culpa a partir do termo legal *faute*, não se admitia nenhuma responsabilidade sem culpa.⁴⁸

⁴³ MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 45

⁴⁴ Ibid

⁴⁵ Ibid, p. 46

⁴⁶ Garcez Neto, 2000, p. 9 Apud MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p.42

⁴⁷ Lima 1999 p. 20 Apud MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 46

⁴⁸ Ibid, p. 30

2.2 Da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro

Atualmente no Brasil, a responsabilidade civil encontra sua base legal nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro.

Do referido dispositivo legal se verifica que a responsabilidade pela reparação do dano está vinculado a “ação ou omissão voluntária”⁴⁹, “negligência ou imprudência”⁵⁰, ou quando o “titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos”⁵¹, agindo dessa forma o indivíduo comete ato ilícito, agindo com culpa ou dolo, sendo que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”⁵²

Do caput desses três dispositivos legais denota-se que a responsabilidade civil está pautada na culpa do agente, assunto que voltará a ser tratado nesta monografia, no entanto o Parágrafo Único do artigo 927 prevê a responsabilidade em reparar o dano mesmo sem culpa do agente, pelo risco da atividade desenvolvida, seja essa atividade especificada em lei, ou quando implicar em risco aos direitos dos demais, cabendo ao poder judiciário essa análise em cada caso.

A Constituição da República Federativa do Brasil, por sua vez, assegura como princípio fundamental em seu art. 5º inciso V que, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”, ou seja, a reparação integral do dano sofrido. O Código Civil em seu art. 944 caput enfatiza o princípio constitucionalmente tutelado, porém abre uma relativização para o mesmo em seu parágrafo único que determina “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”⁵³

⁴⁹ Código Civil. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁵⁰ Ibid

⁵¹ Código Civil. Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁵² Código Civil Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁵³ Código Civil. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Assim importante destacar que os atos humanos são caracterizados como lícitos e ilícitos, para melhor compreender a responsabilização pelos atos cometidos.

Lícitos são aqueles que geram um efeito jurídico almejado pelo agente, são praticados em conformidade com o ordenamento jurídico e em geral criam direitos.

Os atos ilícitos por sua vez, e estes que são objeto desse estudo, são aqueles praticados em desconformidade com a legislação, gerando efeitos jurídicos impostos pela lei e não almejados pelo agente, criam em regra obrigações, dentre elas a obrigação de reparar, nesse contexto fica implícito a ideia de responsabilidade do agente diante da culpa que tem na sua conduta cometendo um ato ilícito.

Então a responsabilidade civil pode ser dividida em duas grandes vertentes, a subjetiva, e a objetiva, a primeira levando em consideração a culpa a segunda o risco da atividade desenvolvida.

Esta segunda ganhou terreno nos últimos tempos, que cobre muitas hipóteses da sociedade atual, que não podiam ser cobertas através da teoria da culpa.

2.3 Responsabilidade Civil Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva encontra sua base legal nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, sendo estes dispositivos legais a cláusula geral deste modo de responsabilização.

Nesta acepção necessária se faz averiguar a culpa daquele que causa um dano a outrem, o qual pode ser causado por uma ação ou omissão, Sérgio Cavalieri Filho, fala em Conduta, dizendo que “Conduta é gênero de que são espécies a ação e a omissão”⁵⁴

A omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada provém.⁵⁵ Ou seja, a omissão vem a causar um dano pelo qual gera a responsabilidade de reparação, quando exige-se do agente uma ação, um atitude que evite a perpetuação do dano. Essa obrigação de agir pode vir por força de lei, ou contratual. É o que acontece, por

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2012, p. 25

⁵⁵ Ibid, 2012, p. 25

exemplo, quando se deixa prestar socorro a quem necessite, dos pais que não alimentam sua prole, ou daquele que assume um obrigação contratual qualquer e a deixa de cumprir.

Em casos tais, não impedir o resultado significa permitir que a causa opere. O omitente coopera na realização do evento com uma condição negativa, ou deixando de movimentar-se, ou não impedindo que o resultado se concretize.⁵⁶ Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado.⁵⁷

A ação danosa, seja ela por descuido ou com intenção de causar dano, já é mais perceptível, uma vez que muda o curso da situação natural, causa a destruição de algo, interfere naquilo que não sofreria interferência alguma. Nada aconteceria se o sujeito não agisse de determinada forma.

Da ação ou omissão capaz de ensejar uma indenização, necessário ser faz averiguar a culpa. Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia agir de outro modo.⁵⁸

Procede com culpa quem age ilicitamente, podendo e devendo, até mesmo na emergência, ter se portado de maneira diferente. Tal comportamento recebe a censura do ordenamento porquanto, em face das circunstâncias concretas, seria possível ter agido de outro modo.⁵⁹

Quando se alude à responsabilidade subjetiva, considera-se, em primeiro plano, a culpa do agente causador do dano como fator elementar para acarretar o dever de reparação.⁶⁰

⁵⁶ DA COSTA, Pualo José Jr., Curso de Direito Penal V. I, p. 66 Apud CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2012, p. 25

⁵⁷ Ibid, 2012, p. 26

⁵⁸ Antunes Varela, Das obrigações, cit. V. 1. Apud GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, p. 571.

⁵⁹ MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 17

⁶⁰ Ibid, 2008, p. 18

O Código Civil Brasileiro recepcionou a culpa como elemento determinante na responsabilização civil, assim prevê a responsabilização por ato, ação ou omissão, porém tem que estar ligada ao dano causado a vítima.

Se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa *lato sensu* (dolo). Se, no entanto, o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente e imprudente do autor do dano, diz-se que houve culpa *stricto sensu*. O juízo de reprovação próprio da culpa pode, pois, revestir-se de intensidade variável, correspondendo à clássica divisão da culpa em dolo e negligência, abrangendo esta última, hoje, a imprudência e imperícia. Em qualquer de suas modalidades, entretanto, a culpa implica uma violação de um dever de diligência, ou, em outras palavras, a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evita-los.⁶¹

A culpa do agente causador do dano pode ser analisada em seu elemento objetivo, e o elemento subjetivo.

O elemento objetivo da culpa é o dever jurídico violado. Esse dever, como se sabe, pode advir de diversas fontes, como, por exemplo, a lei, o contrato ou o negócio jurídico unilateral.⁶²

Num contrato a culpa consiste na ideia de não cumprimento do dever contratual, deixar de cumprir com o acordado, não efetuar a sua parcela no negócio contratado. Já na esfera extracontratual se torna mais abstrato, podendo não estar também previsto expressamente na lei, “tal elemento objetivo da culpa recai no dever legal de não prejudicar ninguém, ou melhor, como dispõe o art. 186 do Código Civil, de não ‘violar direito’”.⁶³

Para esses casos, assinala Alvim, invocando a lição de Savatier, Ripert e Chironi, existe um dever indeterminado, previsto genericamente no art. 186 do CC, que emprega uma expressão bastante ampla, qual seja, violar direito, que tem por sujeitos passivos todas as outras pessoas.⁶⁴

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 571.

⁶² MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 24

⁶³ Ibid

⁶⁴ Ibid, p. 25

O elemento subjetivo da culpa, por sua vez, pode ser decomposto em dois aspectos inconfundíveis.⁶⁵ O primeiro é o aspecto anímico do autor, e o segundo aspecto diz respeito a ser o ato imputável.

O primeiro se refere à vontade do autor do ato, podendo variar entre a negligência, imprudência ou imperícia, até o desejo de causar o dano, neste caso configurando o dolo. O segundo elemento refere-se a ser o ato imputável ou não, como também se refere à capacidade do agente ter o ato imputado contra si.

Quanto a este último sentido, é importante adiantar que o Código Civil trouxe interessante novidade sobre a responsabilidade civil dos incapazes. Com efeito, o art. 928 estabelece que “os incapazes respondem pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.⁶⁶

No caso de violação de um direito com resultado danoso, pode-se aferir a culpa *in abstracto* ou *in concreto*. No primeiro caso a culpa é comparada com um padrão de diligência, sem levar em consideração as qualidades do agente causador do dano, sua instrução, nível de educação, considera-se um padrão abstrato do homem médio, a diligência que todo homem deve ter, como um padrão mínimo de cuidado que deve se ater todos, nem tão baixo e nem tão alto que somente um perito poderia ter. Já o segundo modo avalia a culpa considerando as aptidões e qualidades do agente causador do dano, considerando sua ignorância ou perícia no caso em análise.

Ainda a culpa pode ser classificada em culpa *lato sensu*, que são os casos de dolo, ou culpa *stricto sensu*, que são os casos de culpa propriamente dita. Ambas as formas de culpa foram recepcionadas pelo art. 186⁶⁷ do Código Civil, que no seu texto tipifica como conduta passível de indenização a ação ou omissão voluntária, e também por negligência ou imprudência.

Tanto em um como em outro caso há conduta voluntária do agente, só que no primeiro deles a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o feito lesivo dele resultante.

⁶⁵ Ibid

⁶⁶ Ibid 2008, p. 26

⁶⁷ Código Civil, Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

No segundo caso, a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados.⁶⁸

O Código Civil, entretanto, em sua cláusula geral de responsabilidade civil contida no art. 927, não faz nenhuma distinção entre dolo e culpa, nem entre os graus de culpa, para fins de reparação do dano. Da sua leitura isolada conclui-se que se o agente agiu com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar na integralidade do dano suportado pela vítima. Em outras palavras, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa.

Porém, a essa cláusula geral é apresentada uma exceção, no mesmo diploma legal, contido no parágrafo único do art. 944, em que o legislador ressalva que se há desproporção entre a ação culposa do agente e o resultado danoso à vítima, deve ser reduzida a indenização, com o propósito de coibir uma possível injustiça.

Após comprovada a culpa do causador do dano este é responsabilizado pela integralidade do dano experimentado pela vítima. Essa aceção de reparação de danos por ser injusta em casos em que o agente possui uma culpa levíssima e tenha também a vítima contribuído para o resultado danoso contra si, assim para estas situações o Código Civil prevê no parágrafo único do art. 944 que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade do dano e a culpa, pode o juiz reduzir equitativamente a indenização.”⁶⁹

Em verdade, deve ser observado que o dispositivo em análise incide apenas nos casos de desproporção excessiva entre a intensidade da culpa e o dano, sendo irrelevante, assim, eventual desproporção entre a riqueza de um e a pobreza de outro dos envolvidos.⁷⁰

Sob o aspecto prático, os autores tendem a equiparar a culpa grave, o erro crasso, ao dolo, ao passo que a culpa levíssima tende a ser confundida com o caso fortuito ou a força maior. Por vezes é igualmente difícil diferenciar um hipótese de responsabilidade civil por culpa levíssima de uma outra hipótese de

⁶⁸ CAVALIERI Filho, 2007, p. 36 apud, MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 28

⁶⁹ Código Civil, Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁷⁰ FACCHINI Neto, 2003a, p. 31 Apud Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 30

responsabilidade sem nenhuma espécie de culpa, também chamada de responsabilidade civil objetiva.⁷¹

Na prática, a doutrina tradicional vê reduzida aplicação da distinção no direito civil. Sant Thiago (2002:99) já lecionava que, no direito civil, pune-se o inadimplemento das obrigações, tanto culposos como dolosos, sem necessidade de que a lei faça uma especial referência, e do mesmo modo pune-se o dolo e a culpa nos atos ilícitos, indiferentemente. Ainda que levíssima a culpa, obriga a indenizar, nos termos do aforismo romano *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*. Mas há exceções, como por exemplo, a Sumula nº 145 do STJ, que só admite a responsabilidade civil de quem oferece um transporte gratuito quando tiver incorrido em dolo ou culpa grave.⁷²

Sabe-se que a concepção clássica é a de que a vítima tem de provar a culpa do agente para obter a reparação. E que esta solução passou por diversos estágios evolutivos, em virtude da necessidade de melhor aparelhar os acidentados, facilitando-lhes a tarefa de busca da justa indenização.⁷³

Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.⁷⁴

Assim a necessidade de comprovação de culpa do agente responsável pelo dano, poderia sair tão cara que não era possível ser buscado pela vítima, ou então, até mesmo impossível de ser obtida, deixando impunes os responsáveis que em geral obteriam lucro da atividade danosa.

Além do mais o prejuízo sofrido deve ser comprovado, exceto nos casos em que a lei prevê o dano presumido, como por exemplo, na inscrição de dívida já paga. Como regra o dano deve ser comprovado e apurado, para que se possa então imputar ao agente responsável a indenização pelo mal causado.

⁷¹ MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 30

⁷² Ibid 2008, p. 31

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 573.

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2012, p.18

Todavia, a própria ideia de culpa como fundamento básico da responsabilidade aquiliana não se manteve imutável ao longo do tempo e diante de tantas investidas. Para melhor adequar-se à sociedade hodierna, sua acepção original e aplicação prática foram objeto de processos técnicos responsáveis por ampliar-lhe o significado, tendo-se adotado um conceito mais objetivo, que vê a culpa como um simples erro de conduta imputável ao agente.⁷⁵

Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França, sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927 [...].⁷⁶

Assim “a teoria do risco ganhou corpo no início do século passado e fim do anterior, coincidindo o seu desenvolvimento com o surto industrial com os problemas derivados dos acidentes do trabalho.”⁷⁷

2.4 Responsabilidade civil objetiva

Inicialmente a responsabilidade era objetiva, nos primeiros tempos do Direito Romano, porém não era pautada no Risco como hoje é concebida. A teoria do risco ganhou corpo no início do século passado e fim do anterior, coincidindo seu desenvolvimento com o surto industrial e com os problemas derivados dos acidentes de trabalho.⁷⁸

Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e repara o dano dela decorrente.⁷⁹

Várias são as causas geradoras de dano: do fato das coisas, do fato do homem, de qualquer sinistro, e até do azar; e sob a égide absoluta da teoria da culpa, os prejuízos acabam sendo, em larga medida, suportados pelas próprias vítimas.⁸⁰

⁷⁵ MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 18

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2012, p. 18

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 575.

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 575

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2012, p. 152

Na teoria do risco, o exercício de uma atividade perigosa representa um risco que deve ser assumido por aquele que explora tal atividade, quem auferir os benefícios da atividade deve também suportar seus ônus, sendo responsabilizado por danos que possam gerar a terceiros independente de sua culpa, há no direito atual uma tendência ao crescimento dessa vertente da responsabilidade civil.

O risco pode ser compreendido em diversas modalidades, na teoria do risco há entre os doutrinadores a teoria do risco profissional, do risco proveito, do risco criado, o risco integral.

A teoria do risco profissional foi desenvolvida para a proteção dos empregados que sofrem acidentes de trabalho, diante da sua hipossuficiência e impunidade dos empregadores, não merece maiores considerações pelo enfoque deste trabalho.

Vem defender a ideia de que aquele que tira proveito de uma situação que gera um risco deve arcar com as consequências deste. Questiona-se nessa teoria o que é obter proveito? Proveito necessariamente tem que ser proveito econômico? Ou outras formas de proveito? Se proveito tem o sentido de lucro, vantagem econômica, a responsabilidade fundada no risco proveito ficará restrita aos comerciantes e industriais, não sendo aplicável aos casos em que a coisa causadora do dano não é fonte de ganho.⁸¹ Diante de tais objeções ampliou-se a teoria do risco proveito para a teoria do risco criado.

A teoria do risco criado baseia-se no simples princípio da causalidade, traduzido no fato de todo efeito tem, necessariamente, uma causa que lhe bastaria para encontrar aí a própria responsabilidade.⁸²

Assim se alguém cria um risco, diante do desenvolvimento de uma atividade, deve responder pelos eventos danosos que esta atividade venha a causar, independente da incidência de culpa no caso concreto. A responsabilidade se presume antes o risco que o agente criou, caso não houvesse o desenvolvimento da atividade não haveria o risco, logo não causaria o dano.

⁸⁰ MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 138

⁸¹ Ibid, 2012, p. 153

⁸² MAIA, Daniele Medina, et al, Teoria geral da responsabilidade civil, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 142

Já a teoria do risco integral é a mais extrema e radical, o agente é obrigado a reparação do dano mediante sua simples comprovação, não necessitando sequer de comprovação do nexo causal. Essa teoria tem sua área de atuação bastante restrita, devendo ser aplicada somente em casos expressamente previstos em lei, é adotada somente em casos excepcionais pelo nosso ordenamento.

A teoria do risco foi ganhando espaço nos ordenamentos jurídicos no último século diante da modernização e massificação das relações sociais, onde o modelo teórico da culpa não conseguiu mais responder com satisfatoriedade os anseios da sociedade diante dos danos causados em especial pelo desenvolvimento da atividade industrial.

Assim a teoria do risco visa tutelar um direito subjetivo de segurança. A responsabilidade objetiva exsurge quando a atividade perigosa causa dano a outrem, o que evidencia ter sido ela exercida com violação do *dever de segurança* que contrapõe ao risco.⁸³

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, há um dever subjetivo à segurança cuja violação justifica a obrigação de reparar o dano sem nenhum exame psíquico ou mental da conduta do seu aturo. Na responsabilidade objetiva, portanto, a obrigação de indenizar parte da ideia de violação do direito de segurança da vítima.⁸⁴

Atualmente a responsabilidade subjetiva tem sua incidência nas relações individuais, entre pessoas físicas, profissionais liberais, enquanto que a responsabilidade objetiva, tem um crescimento em seu campo de incidência, já que tem sua incidência nas relações de consumo, nas relações coletivas, de prestação de serviços, produtos, do Estado, de empresas, de fornecedores.

Importante ressaltar, que a relação jurídica dos profissionais liberais pode ser tanto uma relação civil, de consumo, ou até mesmo configurar uma relação empregatícia, ramo este que não interessa ao estudo desenvolvido nessa monografia.

O profissional liberal quando presta o seu serviço para uma pessoa que não se utiliza de seu serviço como destinatário final, não configura uma relação de consumo,

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2012, p. 155

⁸⁴ Ibid, 2012, p. 156

conforme definição adotada pelo código de defesa do consumidor em seu art. 2º⁸⁵, restando assim configurada uma relação civil, portanto no caso de relação jurídica com profissionais liberais deve-se observar em qual campo de incidência se está, para então se valer da responsabilidade objetiva ou subjetiva.

O Código Civil possibilita ao poder judiciário enquadrar atividades que julgar perigosas na teoria do risco, e assim aplicar a responsabilidade civil objetiva, conforme se observa do paragrafo único do art. 927 do Código Civil.

Assim cabe precipuamente ao legislador definir em quais situações se aplica a responsabilidade objetiva e em quais situações se aplica a responsabilidade subjetiva, cabendo ao poder judiciário apenas suprir quando o legislador não se manifestar a respeito do risco de alguma atividade.

A posição adotada representa, sem dúvida, um elogiável avanço em matéria de responsabilidade civil, pois aproxima o nosso Código Civil dos de outros países, que já alcançaram, nesse ponto, estágio superior, como o Código Civil italiano e o Código Civil português.⁸⁶

Assim o objetivo da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, mas também nos riscos criados pela atividade desenvolvida pelo agente, resguardando de eventuais danos seus usuários ou consumidores, ou demais afetados pela atividade desenvolvida.

Tem-se no mencionado dispositivo legal uma cláusula geral de aplicação da responsabilidade objetiva.

Tão ampla e abrangente que, se interpretada literalmente, todos que exercem alguma atividade de risco passarão a responder objetivamente, até quando estivermos dirigindo nosso veículo particular e formos envolvidos em um acidente. É que na sociedade moderna todas ou quase todas as atividades implicam algum risco. Cumpre, então, examinar os reais contornos desta cláusula, fixando seu verdadeiro alcance.⁸⁷

Na cláusula geral de responsabilidade civil o legislador utilizou os termos, “ação” e “omissão”, já na responsabilidade objetiva, no utiliza o termo “atividade”.

⁸⁵ Código de Defesa do Consumidor. Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 577

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2012, p. 185.

Atividade diferencia-se de uma ação eventual, ou até mesmo habitual, como dirigir o veículo particular diariamente. Atividade tem um caráter mais formal, está atrelada a prestação de um serviço, Cavalieri Filho assim distingue:

Aqui não se tem em conta a conduta individual, isolada, mas sim a *atividade* como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos. Reforça essa conclusão o fato de que a doutrina própria e a lei utilizam a palavra “atividade” para designar serviços. No Direito Administrativo, por exemplo, define-se *serviço público* com o emprego da palavra “atividade”.⁸⁸

A relação jurídica da qual pode se ter como resultado um dano, pode ser regida pela esfera civil, ou então pela esfera do direito do consumidor que exerce uma proteção sobre o consumidor por ser a parte mais vulnerável da relação. Define assim estratégias para abarcar uma maior gama de responsabilização dos fornecedores de produtos e serviços, utiliza-se assim da teoria da responsabilidade civil objetiva.

Assim o Código de Defesa do consumidor em seu art. 3º define serviço como “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo”, evidente fica a utilização do vocábulo “atividade” como sinônimo de “serviço”.

O elemento histórico reforça essa exegese. Na década de 70 do século passado, quando foi elaborada o Projeto do novo Código Civil, o legislador tinha os olhos voltados para inúmeras atividades em que, embora exploradas empresarialmente, com grandes riscos para a sociedade, a responsabilidade dos exploradores era subjetiva. Os serviços já ocupavam àquele tempo vastíssimo campo de atuação na sociedade (transporte, luz, gás, telefonia, seguros, bancos, financeiras, cartões de crédito, saúde etc.), desempenhavam importantíssima função econômica e jurídica, afetando a vida de mais de uma centena de milhões de pessoas, mas os riscos dessa exploração corriam por conta dos usuários.⁸⁹

Nos dias atuais tem-se as mais diversas modalidades de serviços disponíveis, como a disponibilidade de redes sociais, blogs, lojas virtuais, de venda, de aluguel, sites de empresas oferecendo serviços, agências, contratos assinados virtualmente, utilização de servidores, armazenamento de dados virtualmente como o *Sky Drive* da Microsoft, o *Google Drive* da Google, páginas de relacionamento, entre elas *Twitter*, *Facebook*, *Instagram*, utiliza-se cada vez mais destes serviços virtuais, que movimentam bilhões na

⁸⁸ Ibid, p. 187.

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2012, p. 187.

economia mundial, ocorrendo por vezes situações que fogem as regulamentações convencionais do ordenamento brasileiro.

Toda atividade perigosa por sua natureza cria um risco de causar danos a terceiros. O proprietário que a desenvolve, de acordo com seu interesse, deve reparar os danos experimentados pelas vítimas, se tal prejuízo se concretizar em decorrência do risco criado, independente de culpa.⁹⁰

A atividade desenvolvida deve por sua natureza implicar risco, mas nem todas implicam em riscos ao direito de outrem. Noutras palavras, não é toda atividade que o legislador pretendeu abranger pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Só é possível admitir o risco criado quando, por consequência de uma atividade empresarial ou profissional algum perigo (risco) pode advir para alguém.⁹¹

Assim deve ser, aquele que explora uma determinada atividade e obtém dela proveito econômico, deve fazê-la com toda a segurança, e cautela possível, evitando ao máximo que de sua atividade, habitual e ordenadamente desenvolvida, cause danos aos demais, e até mesmo a coletividade. Contudo, se mesmo tomando a cautela necessária e possível, algum dano for causado, deve este reparar o dano causado, pois sem o desenvolvimento de sua atividade o dano não ocorreria, independente de se ter culpa ou não no acidente, ou defeito do produto/serviço, este não existiria se não houvesse o desenvolvimento da atividade que causou o risco de dano.

[...], há no parágrafo único do art. 927 do Código Civil uma norma aberta de responsabilidade objetiva, que transfere para a doutrina e a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto. Não há, *a priori*, como especificar, exaustivamente, quais são as atividades de risco, mas pode-se adotar, em face da teoria do risco criado, o critério do risco inerente como elemento orientador.⁹²

Ou seja, não há uma especificação em quais as atividades devem ser adotadas a responsabilidade objetiva, e em quais a subjetiva, mas há um estabelecimento dos critérios a serem utilizados para a aplicação destas no caso concreto.

Contudo a responsabilidade objetiva não tem o condão de substituir e subjetiva, mas conviver harmonicamente com esta, a fim de completar a tutela em todas as

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 577

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2012, p. 188.

⁹² Ibid, p. 189.

situações que a sociedade atual apresenta, ante o desenvolvimento das relações humanas, e sociais.

Assim entendeu Miguel Reale, na orientação do projeto de lei que se tornou o atual Código Civil Brasileiro:

“Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a reponsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo de ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.”⁹³

A responsabilidade civil objetiva vem a completar o campo de incidência da responsabilização daqueles que causam danos, diante de uma evolução das relações jurídicas da sociedade, atendendo a uma necessidade que surgiu, mas sem, contudo extirpar a responsabilidade subjetiva que tem seu campo de incidência e importância, o qual sempre existirá.

Visto isso, tem-se que atualmente vigoram no sistema jurídico brasileiro as duas teorias da responsabilidade civil, assim o próximo capítulo abordará acerca da responsabilização dos provedores, da utilização da teoria objetiva ou subjetiva, na esfera cível ou se trata-se de relação de consumo, nos casos em que usuários ou até não usuários da internet sofrem danos à sua imagem e honra.

2.5 Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

O Código de defesa do consumidor prevê a responsabilização dos fornecedores, sejam eles de produto ou de serviço, em caso de defeitos nos produtos ou serviços colocados a disposição no mercado.

Por se tratar de uma legislação protetiva, que protege a parte mais vulnerável na relação de consumo, o consumidor, já em seu art. 6º o diploma legal prevê a inversão do ônus da prova, como meio de possibilitar aos consumidores lesados a busca pela reparação e danos sofridos.

Já em seu art. 14 dispõem a mencionada lei que respondem independente de culpa os fornecedores por danos causados aos consumidores por defeitos na prestação de seus serviços.

⁹³ Diretrizes gerais sobre o Projeto de Código Civil, in Estudos de filosofia e ciência do direito p.176-177, Apud GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, v. 4, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

Desse modo o Código de Defesa do Consumidor tutela a relação entre consumidor e fornecedor pela responsabilidade objetiva, permitindo ao segundo, escusar-se da responsabilização se possuir provas de que na causa do dano há culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

3. COMO RESPONSABILIZAR OS PROVEDORES PELOS DANOS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

3.1 Responsabilidade dos provedores de acesso, correio eletrônico e hospedagem

Com a popularização do acesso a internet que hoje está disponível a boa parte da população mundial, não raro são os casos de ofensa propagados na rede, como por exemplo quando criam páginas falsas com o nome de terceiros, supostamente se oferecendo como prostituta (isto também é uma ofensa), ou alguma outra forma que denigra sua imagem.

Aquilo que já acontecia no ambiente real passou a acontecer no ambiente virtual, desentendimentos, intrigas, inveja, traições, são fatos que muitas vezes ensejam um sentimento de vingança, de prejudicar a outra pessoa, e a internet surge como uma ferramenta poderosa para isto.

No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro.⁹⁴

Os serviços prestados pelos provedores são os mais diversos, também assim mudando as características do provedor, provedores de acesso, de hospedagem, de correio eletrônico, de conteúdo, de *backbone*, cada qual com sua peculiaridade e sua função, estes se complementar permitindo o bom funcionamento da rede.

Com características diferentes também a responsabilidade civil de cada um e os ricos fruídos de sua atividade serão diferentes.

Importante destacar que os provedores possuem obrigações quanto à prestação de seus serviços. Assim não se pode também isentar os provedores de toda e qualquer responsabilidade, deixando os casos de danos causados na rede à mercê da sorte, de se por acaso encontrar a pessoa que realizou a publicação condenar esta pelo ilícito cometido.

Compete a todos os provedores de serviço de Internet, em modo geral, o cumprimento de deveres na execução de suas atividades, tais como: (a) o desenvolvimento da atividade com utilização de tecnologias apropriadas para os fins a que se destinam; (b) o conhecimento e zelo pelo sigilo dos dados de seus usuários; (c) a

⁹⁴ Ibid.

manutenção das informações por tempo determinado; (d) a vedação ao monitoramento dos dados e conexões em seus servidores e (e) a vedação à censura e à obrigação de informar em face de eventuais ilícitos cometidos por usuários.⁹⁵

Os tribunais, não só do Brasil, vem enfrentando essas situações há anos, interpretando uma legislação não específica para conseguir dar uma resposta adequada a cada caso.

Um dos casos mais emblemáticos foi o debate ocorrido nos Estados Unidos da América, no ano de 1996, com relação à *Communications Decency Act* (CDA). A CDA consistia em uma Lei que estabelecia punições criminais pela distribuição de conteúdo impróprio à menores, de modo que esses pudessem ter acesso a tal conteúdo. O centro da discussão estava se os provedores eram apenas meio de circulação dos dados, ou se estes deveriam ser responsabilizados como editores do conteúdo veiculado. A Suprema Corte Norte Americana, rejeitou a CDA em 1997.⁹⁶

Dessa forma entendeu a Suprema Corte que os provedores de acesso não deveriam ser responsabilizados pelo conteúdo que circula na rede, o qual, os usuários têm alcance através dos seus serviços prestados. Consideraram-se os provedores como canal da informação, meio pelo qual o conteúdo chega, e não como responsável pela disponibilização do conteúdo indecoroso.

Os servidores de acesso, na característica intrínseca de seu serviço, fornecem aos seus usuários, o acesso de uma máquina à rede, sua função é conectar apenas, não fornece ferramentas, conteúdo, correio eletrônico, estes serviços possuem características distintas e se enquadram em outros provedores.

Então, para que um provedor de acesso seja responsável pelo dano sofrido mediante a publicação de um conteúdo ofensivo, deve ser responsabilizado de modo objetivo, mediante a teoria do risco, pois não há como se considerar de forma subjetiva a culpa do provedor de acesso pelo conteúdo publicado por um usuário.

Considerar o serviço de acesso à internet uma atividade de risco parece ser uma solução precipitada e até mesmo radical, uma vez que não se vislumbra a priori um risco inerente ao acesso, o provedor de acesso não conduz o usuário pela rede, apenas permite o seu acesso a toda e qualquer informação que esteja disponível para visualização na internet.

Há de se falar nestes casos em um mau uso da internet, que só é possível pelo provedor de acesso, mas que nada tem haver com a escolha feita pelo usuário. Se o internauta escolhe cometer ilícitos na rede, é de sua liberdade que a faz, porém deve suportar as consequências, e não o provedor, de forma objetiva.

⁹⁵ ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS Sérgio Cabral dos; Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10422&revista_caderno=17#_ftnref5> Acessado em 13/11/13.

⁹⁶ GRECO, Marco Aurelio, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito e Internet. Revista dos Tribunais, São Paulo 2001, p. 243.

Contudo há de se ressaltar que o provedor pode por omissão sua, que contribui com a impunidade do usuário que comete ilícitos na rede, e esta conduta é que deve ser rechaçada pela legislação e jurisprudência. O provedor de acesso deve ser responsabilizado por sua omissão, no que se refere, a não cumprir com alguma de suas obrigações como, por exemplo, possuir e fornecer os dados e subsídios necessários para a identificação e localização do internauta que cometesse ilícitos, não agir assim é contribuir para que os danos se propaguem pela rede e não haja responsabilização do agente responsável.

A omissão do provedor nesse sentido é que enseja a sua responsabilização civil pelos danos causados pelo conteúdo ofensivo, não pelo conteúdo em si, mas sim por deixar de proporcionar a identificação de seu usuário, respondendo então pelo dano causado pelo agente desconhecido.

O descumprimento de algum dos mencionados deveres implica a imputação de responsabilidade de forma objetiva, em caso de ocorrência de ilícito cometido por ato próprio, ou ainda a co-responsabilidade, quando o ato advier de terceiro, e sua identificação ou localização for impossível devido à omissão do provedor, ou ainda quando o ato danoso deixar de ser prevenido ou interrompido em razão de falha ou defeito.⁹⁷

Essa co-responsabilidade – parte do compromisso social da empresa moderna com a sociedade, sob o manto da excelência dos serviços que presta e da merecida admiração que conta em todo mundo – é aceita pelo Google, tanto que atuou, de forma decisiva, no sentido de excluir páginas e identificar os gângsteres virtuais.⁹⁸

A adoção dessa corresponsabilidade pode também ser facilmente justificada nestes casos por haver nesse caso uma falha no serviço prestado, enquadrando-se então na situação prevista no art. 14 do código de defesa do consumidor⁹⁹, o qual dispõe que responde o fornecedor de serviços independente de culpa, quando há defeitos na prestação de seus serviços.

Os provedores de internet conforme art. 3º do mesmo diploma legal¹⁰⁰, enquadram-se na categoria de fornecedores, pois desenvolvem atividade de prestação de serviços no mercado.

⁹⁷ ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS Sérgio Cabral dos; Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10422&revista_caderno=17#_ftnref5> Acessado em 13/11/13.

⁹⁸ Superior Tribunal de Justiça, 2ª. Turma, REsp 1.117.633-RO, rel. Min. Herman Benjamin, ac. un., j. 09.03.10, DJe 26.03.10

⁹⁹ Código de Defesa do Consumidor. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

¹⁰⁰ Código de Defesa do Consumidor. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Da mesma forma esse entendimento pode ser aplicado ao provedor de correio eletrônico, e de hospedagem.

Tal aplicação da responsabilidade sobre os provedores é necessária, para não se ter um território sem lei, pois se os provedores não fossem responsabilizados quando não encontrado o usuário causador do dano, não se preocupariam nem dispenderiam esforços em guardar os dados de navegação de seus usuários.

Se o ônus de provar, quem é o verdadeiro agente causador do dano ficasse a encargo da vítima, a prova seria tão complexa e cara, que seria mais vantajoso, muitas vezes, suportar o dano do que buscar sua reparação, além do que limitaria a busca pela justiça devido o alto valor do processo.

Deve-se aplicar aqui a previsão do art. 6º do código de defesa do consumidor, que elenca os direitos básicos do consumidor, dentre os quais está garantido a facilitação da defesa de seus direitos¹⁰¹, inclusive com a inversão do ônus da prova. Assim aplicar a norma consumerista aos provedores, já que são prestadores de serviços, se mostra o mais adequado para proteger o direitos de seus usuários.

3.2 Responsabilidade do provedor de conteúdo

A análise mais delicada se mostra com relação ao provedor de conteúdo, pois a este a responsabilidade pode ser aplicada de duas maneiras distintas, pois são estes os provedores que fornecem o conteúdo visualizado na rede, e este pode advir de seus prepostos, ou de terceiros.

Assim a liberdade de expressão, aqui também encontra limitação, a começar pela vedação do anonimato, essa prática não está resguardada pelo direito, mas pelo contrário é repudiada por este, ainda que seja difícil de a coibir na internet. Assim também a liberdade de informação como um direito fundamental encontra seus limites, quando vem a colidir com outros direitos fundamentais como a intimidade a honra, e imagem.

Sempre que houver colisão dos direitos fundamentais entre a liberdade de informação e a vida privada e intimidade, estas ultimas devem prevalecer como medidas adequadas a manter a individualidade do ser humano, muito embora a questão seja submetida a conclusões e soluções diversas ditadas pelo interesse público verificado no caso concreto.¹⁰²

¹⁰¹ Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

¹⁰² LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. Direito & Internet, aspectos jurídicos relevantes. Edipro. São Paulo. 2000. p.175

Assim quando há afronta aos direitos da personalidade o provedor que disponibiliza aos seus usuários a construção de blogs, para publicação de matérias, vídeos, notícias, ideias e ideais, deve ser responsável pelo conteúdo ali publicado? Deve este responder objetivamente pelo conteúdo lançado?

Primeiramente para se responder a esse questionamento deve-se pensar no que vem a ser risco, e se este se enquadra nas atividades desenvolvidas pelos provedores de conteúdo.

Risco é perigo, chance de dano, então quem desenvolve uma atividade perigosa deve responder pelo risco que dela se espera e ressarcir eventuais danos causados pela atividade.

Há risco na atividade dos provedores de conteúdo? A priori aparenta que não, aqui a situação parece bastante diferente daquela que abriu o campo da responsabilidade objetiva, quando trens passando por trilhos entre casas, casebres, causavam incêndios nestas devido às fagulhas que sua chaminé lançava ao passar, nesse caso o objeto do serviço de transporte, o trem, é quem causava o dano.

Ao que se percebe que no caso do provedor de conteúdo não é o provedor, ou a rede que causam o dano, mas sim o usuário, a calúnia lançada. Nestes casos a internet não passa de mero instrumental nas mãos de pessoas que desejam prejudicar à outrem, se antes lançavam as calúnias por meio de fofocas, anuncio por panfletos, faixas, com a finalidade de propagar a informação caluniosa hoje utiliza-se a internet.

Além de maior dinamicidade, alcance do público alvo, na internet as pessoas se sentem mais seguras para cometer ilícitos, muitas vezes por pensar que não deixam rastros e jamais poderão ser encontradas, o que não é o caso, pois em muitos casos os responsáveis por iniciar a disseminação de um conteúdo ofensivo na internet são descobertos localizados e responsabilizados.

No tocante ao provedor de conteúdo importante ressaltar aqui a distinção deste, com relação ao provedor de informação. Este último é o agente responsável pela obtenção da informação, que de alguma forma se torna conteúdo público na internet, é aquele que produziu um vídeo, tirou uma fotografia, escreveu um texto.

Ocorre que em alguns casos o provedor de conteúdo é também o provedor de informação, ou seja, é responsável pela informação veiculada nas páginas de internet. Nestes casos em que o provedor de conteúdo é também o provedor de informação fica mais visível a sua responsabilidade em caso de ofensa à honra, de alguém, pois neste caso o provedor participou da produção do conteúdo (o criou) e o publicou na rede. É o próprio provedor o ofensor, quem criou a calúnia injúria ou difamação.

Caso diferente é quando o provedor de informação passa a ser qualquer usuário dos serviços disponibilizados pelo provedor de conteúdo, é o que ocorre, por exemplo, em redes sociais, blogs.

Nesse caso o dano não provém diretamente do provedor, mas sim aqueles que se utilizam dos seus serviços, os usuários. Indaga-se então se os provedores deveria ser responsabilizados pelo conteúdo publicado por terceiros, porém o provedor de conteúdo não possui controle editorial sobre o que é publicado por seus usuários, e nem deve ter, se os tivesse, seria uma afronta direta ao direito à liberdade de expressão, causando uma censura generalizada na rede, aniquilando assim uma de suas características principais e que causou inovação na humanidade, a manifestação da liberdade de pensamentos.

Porém isso não significa dizer que não deve ser o provedor responsabilizado por eventuais danos causados por ofensas veiculadas na internet, deixar a responsabilidade pela reparação dos danos somente aos usuários. Imunizar os provedores, seria causar um caos generalizado na internet.

Ocorre, que em muitas situações são utilizados informações falsas para se propagar a ofensa na rede, o que dificulta a identificação da verdadeira identidade do agente, noutras porém, o sujeito por vezes está tão irado que utiliza-se de seu próprio perfil ou blog para atingir a honra e a imagem de alguém, deixando claro a sua identidade.

De maneira análoga ao entendimento que foi desenvolvido a respeito dos demais provedores, no início deste capítulo, os provedores de conteúdo tem a obrigação de auxiliar na identificação de seus usuários para que possam estes responder pelos seus atos na internet, em caso de omissão do provedor, ou não tenham os dados exigidos para isto passam a responder, solidariamente ao agente causador, pelo dano causado.

O que não pode se deixar acontecer é que os provedores não tenham responsabilidade alguma, quanto aos danos causados pelos usuários por meio da internet, e dessa forma deixar a vítima a mercê da sorte, sem amparo jurídico, amparo técnico, e os ofensores impunes e assim os provedores sem qualquer ônus sobre os aspectos negativos da atividade desenvolvida, da qual obtém lucros, e deixar de sofrer qualquer tipo de responsabilização aos prejuízos causados.

Assim o que parece mais adequado é que os usuários sejam buscados primeiramente para responderem pelo ilícito cometido, e caso os provedores não tenham se resguardado com informações suficientes para a identificação e localização de seus usuários então responderem pelo dano causado.

Uma particularidade reveste o caso dos provedores de conteúdo em relação às demais categorias de provedores, a obrigatoriedade da retirada do material ofensivo do ar. Em muitos casos os provedores acabam respondendo solidariamente com o agente causador do dano por não retirarem de suas páginas, imediatamente ao serem notificados, sobre os conteúdos indicados como ofensivos.

Mas interessante se faz a observação do Min. Herman Benjamin com relação a atuação dos provedores de conteúdo quando notificados da ofensa excluem esta de suas páginas, assim disse o ministro:

Tais medidas, por óbvio, são insuficientes, já que reprimir certas páginas ofensivas já criadas, mas nada fazer para impedir o surgimento de outras tantas, com conteúdo igual ou assemelhado, é, em tese, estimular um jogo de Tom e Jerry, que em nada remedia, mas só prolonga, a situação de exposição, de angústia e de impotência das vítimas das ofensas.¹⁰³

Mas obrigar o provedor a coibir novas publicações do mesmo conteúdo ofensivo apesar de ser louvável não corresponde a possibilidade real. Como já visto umas das ferramentas para o controle de conteúdo da rede são os chamados filtros de conteúdo, que podem filtrar pelo nome do arquivo publicado, ou pela sua página de origem. Porém muito facilmente pode-se renomear o arquivo ou mudar seu endereço de origem e assim infinitas vezes republicar, um vídeo, uma fotografia ou um texto.

Ademais tal determinação obrigaria o provedor a cada vez mais aumentar uma *lista*, dos conteúdos que tem a obrigação de vigiar e reprimir a publicação na rede, o que não pode ser realizado por computadores através do filtro de conteúdo que são falhos, tão pouco por funcionários, que teriam a capacidade intelectual de discriminar o conteúdo visualizado, mas a impossibilidade prática de se verificar todo o conteúdo publicado diariamente na internet.

Assim responsabiliza-se o provedor de conteúdo pela sua desídia em não retirar o conteúdo ofensivo e assim impedir que o dano causado vá tomando proporções ainda maiores, ou por não disponibilizar os dados e meios para a identificação do usuário causador do dano, que lhe são exigidos, e não pela publicação do conteúdo em si, ou então pela republicação deste por qualquer usuário. Neste caso fica obrigado ainda o provedor e retirar o conteúdo do ar assim que tomar conhecimento do mesmo.

3.3 Análise de alguns casos na jurisprudência pátria

Quando estas situações chegaram aos Tribunais de Justiça brasileiros algumas decisões declinaram que os provedores de internet são responsáveis pelo conteúdo veiculado, como na seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

DANO MORAL – Responsabilidade civil – Internet – Nomes e telefone das autoras indevidamente divulgados em "site" de relacionamento – Dados inseridos por terceiros, atribuindo-lhes a prática de programas sexuais - **Negligência da ré em não efetuar controle prévio sobre a qualidade dos dados inseridos na rede, ou de sistema de rastreamento de usuários** – Recebimento de ligações de interessados nos serviços – Ofensa à imagem das autoras – Valor indenizatório – Fixação segundo juízo jurisprudencial - Recursos não providos (Grifou-se)¹⁰⁴

Nesse entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Desembargador considerou a ré negligente por não efetuar controle prévio sobre os dados inseridos, e

¹⁰³ Superior Tribunal de Justiça, 2ª. Turma, REsp 1.117.633-RO, rel. Min. Herman Benjamin, ac. un., j. 09.03.10, DJe 26.03.10.

¹⁰⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível n. 431.247-4/0-00 – Relator: Salles Rossi – 22.03.07 – V.U.

tampouco possuir um sistema de rastreamento dos usuários, atribuiu-lhe a responsabilização objetiva, ao proferir essa decisão impôs ao site a obrigação de verificar a veracidade dos dados inseridos, e então ter controle sobre o conteúdo publicado.

Porém, começaram a surgir decisões ainda mais imperativas do ponto de vista da responsabilização do provedor, pois o fundamento passou a ser a natureza de sua atividade. Alguns magistrados começaram a adotar o entendimento de que o risco agregado à atividade (de prestação de serviços informáticos) justificaria a responsabilização objetiva do provedor, isto é, independentemente de agir com qualquer grau de culpa em determinado episódio. Estava se consagrando a teoria do risco como fundamento da responsabilidade do provedor por publicações postadas por terceiros.¹⁰⁵

Esse raciocínio não parece ser o mais adequado, como visto anteriormente os provedores possuem diversas funções para o bom funcionamento da rede, sendo que somente o provedor de conteúdo, e ainda em alguns casos, tem algum domínio sobre o conteúdo veiculado em suas páginas, que muitas vezes possuem uma livre publicação de conteúdos pelos seus usuários, como são os casos de redes sociais e blogs.

Já na hipótese de má utilização da informação eletrônica advinda por ato de terceiro, deve-se primordialmente observar o papel do provedor de conteúdo, pois, exercendo controle editorial prévio, subentende-se responsável de forma concorrente com o efetivo autor, posto que detém capacidade para evitar a prática danosa. Por outro lado, quando não apresentar ingerência sobre o teor publicado, como ocorre nos conhecidos blogs e sites de relacionamento, responde de forma subjetiva, sendo o efetivo autor o responsável pelo ilícito.¹⁰⁶

Foi nesse sentido que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidiu pela condenação do provedor PSI, responsabilizando-o pelo conteúdo ofensivo veiculado em sua página:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PROVEDOR DE ACESSO E DE CONTEÚDO. INTERNET. VEICULAÇÃO DE ENTREVISTA COM EX-COMPANHEIRA DO AUTOR. OFENSA À HONRA DO DEMANDANTE. DANOS MORAIS. QUANTUM. MANUTENÇÃO.

1 - É responsável o provedor de conteúdo da INTERNET (PSI) pela divulgação de matéria que viole direito e cause dano a outrem, seja por calúnia, difamação ou injúria.

[...] ¹⁰⁷

Quando os provedores de conteúdo são também os provedores de informação, ou seja, o conteúdo publicado em seu domínio advém de informação levantada por seus

¹⁰⁵ FILHO, Demócrito Reinaldo. Julgados sobre a responsabilidade dos provedores. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-20/jurisprudencia-responsabilidade-provedores-internet>> Acessado em 25/11/2013

¹⁰⁶ ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS Sérgio Cabral dos; Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10422&revista_caderno=17#_ftnref5> Acessado em 13/11/13.

¹⁰⁷ TJRS. 10ª. Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70018993626 – Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann – j. em 12/07/2007

prepostos, sites de notícias, informativos, que possuem editorial próprio, não há quem responsabilizar se não o próprio provedor de conteúdo, pois dele advém a informação, a edição, a publicação e a manutenção desta *online* em suas páginas.

Analisando primordialmente a autoria do ilícito, identifica-se uma divisão doutrinária que distingue quando o ato lesivo vem a ser provocado pelo próprio provedor de conteúdo, ou quando se dá por ação de terceiros. Nesse esteio, ocorrendo dano, quando o conteúdo for próprio do provedor, ou seja, tiver a autoria das notas, artigos e notícias os quais necessariamente vêm a ser criadas por prepostos da própria empresa, atuando também como provedor de informação, varia-se o dano e a obrigação de reparar de acordo com a natureza do conteúdo ilícito, que determinará a aplicação das respectivas sanções. Nesses casos, os provedores de conteúdo são diretamente responsáveis pelo teor disponibilizado na rede, motivo pelo qual se aplica a responsabilidade de forma objetiva, incidindo nas previsões legais do Código Civil e Código Consumerista, bem como nas legislações específicas às particularidades de cada ato danoso.¹⁰⁸

Buscar uma responsabilização inicial do autor do dano, e posteriormente do provedor, é o entendimento que parece mais razoável ao caso, pois entender que todos provedores, sejam eles de acesso ou conteúdo, são responsáveis pelo conteúdo inserido na internet é exigir-lhes prévia análise de tudo o que é disponibilizado na rede, para então determinar o que deve ou não deve ser publicado em suas páginas, e disponibilizado a cada um de seus usuários.

Note-se que esse comportamento afrontaria de sobremaneira a liberdade de expressão, feriria o direito à livre comunicação e até mesmo à intimidade, pois tudo o que fosse colocado na rede, texto, imagem, vídeo, passaria por prévia análise de seu conteúdo. Ademais tais atividades sobre o conteúdo não são inerentes às atividades do provedor de acesso ou *backbone*, por exemplo, estes nada tem haver com o conteúdo, mas apenas exercem a atividade de conexão entre o usuário e o mundo virtual.

No que se refere ao provedor de hospedagem, aquele que cede um espaço em seus discos, para que o usuário hospede ali seu site, o Tribunal de Justiça do Paraná, também entendeu pela não aplicação da responsabilidade objetiva.

Em contrato de hospedagem de página na Internet, ao provedor incumbe abrir ao assinante o espaço virtual de inserção na rede, não lhe competindo interferir na composição da página e seu conteúdo, ressalvada a hipótese de flagrante ilegalidade. O sistema jurídico brasileiro atual não preconiza a responsabilidade civil do provedor hospedeiro, solidária ou objetiva, por danos morais decorrentes da inserção pelo assinante, em sua página virtual, de matéria ofensiva à honra de terceiro.¹⁰⁹

O provedor é o proprietário do espaço virtual, porém não é ele quem o utiliza, quem faz isso é o usuário, dono da página, que é quem determina o que deve ser ou não

¹⁰⁸ Ibid

¹⁰⁹ Tribunal de Justiça do Paraná 5ª Câmara Cível – Apelação Cível nº. 130075-8 – Rel. Des. Antônio Gomes da Silva – j. em 19/11/2002.

disponibilizado, portanto o provedor não passa em um sentido figurado de um locador de um espaço para utilização do locatário.

Dessa forma o foco que deve ser dado pelo direito no que se refere a responsabilização por danos causados por ofensa aos direitos da personalidade não deve ser sobre o provedor, que serviu muitas vezes apenas como ferramenta para causar o dano, mas sim sobre a pessoa que causou a ofensa, e gerou o dano.

Muitas vezes o provedor não passa de mero instrumento para o cometimento do ilícito, como uma ferramenta qualquer, machado, faca, pode ser utilizada para causar uma lesão corporal, assim o provedor que tem sua funcionalidade, pode tê-la deturpada para causar um dano moral ou até mesmo material, a um terceiro, e não pode o fabricante ou fornecedor da faca, do machado serem responsabilizados pela lesão causada por sua má utilização.

Este foi o entendimento da 3ª Câmara Cível do Rio de Janeiro, que em um julgado considerou o provedor parte ilegítima à figurar no polo passivo da demanda, veja-se:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÃO CONSIDERADA PELO AUTOR COMO SENDO FALSA E OFENSIVA A SUA HONRA E IMAGEM. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO COM RELAÇÃO À PRIMEIRA RÉ (UOL) E PROCEDÊNCIA EM FACE DA SEGUNDA (DUBLÊ) (...). ILEGITIMIDADE PASSIVA DA 1ª RÉ, SIMPLES PROVEDOR DE ACESSO A INTERNET, E QUE, COMO TAL, APENAS CEDE ESPAÇO A TERCEIROS, OS QUAIS SÃO OS VERDADEIROS RESPONSÁVEIS PELO CONTEÚDO DE SEUS SITES (...).¹¹⁰

Assim considerou o Desembargador que o provedor apenas cedeu o espaço à quem de fato inseriu o conteúdo ofensivo, e dessa maneira, causou dano moral à vítima.

Percebe-se que não pode ser atribuída a todo provedor de conteúdo a obrigatoriedade da verificação antecipada do teor de todas as informações inseridas em seu sistema informático, pois eliminaria um dos maiores atrativos da Internet, que é a transmissão de dados em tempo real.¹¹¹ Além de criar um ambiente em que não haveria a liberdade de expressão, comunicação e sua intimidade resguardada.

[Mas] Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para

¹¹⁰ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 3ª Câmara Cível – Apelação Cível nº. 2004.001.03955 – Rel. Des. Orlando Secco – j. em 04/11/2004.

¹¹¹ ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS Sérgio Cabral dos; Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10422&revista_caderno=17#_ftnref5> Acessado em 13/11/13.

a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.¹¹²

De modo semelhante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais aplicou a responsabilidade subjetiva contra um provedor, diante da falha técnica cometida por este, pois não possibilitou a identificação do usuário que propagou a informação na rede, veja-se:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÃO DE MATERIAL OFENSIVO NA INTERNET SEM IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO. RESPONSABILIDADE DA PROVEDORA DE CONTEÚDO. DANO MORAL. ARBITRAMENTO.

À medida que a Provedora de Conteúdo disponibiliza na Internet um serviço sem dispositivos de segurança e controle mínimos e, ainda, permite a publicação de material de conteúdo livre, sem sequer identificar o usuário, deve responsabilizar-se pelo risco oriundo do seu empreendimento. Em casos tais, a incidência da responsabilidade objetiva decorre da natureza da atividade, bem como do disposto no art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Não tendo o réu apresentado prova suficiente da excludente de sua responsabilidade, exsurge o dever de indenizar pelos danos morais ocasionados.¹¹³

A relatora do processo, Des. Cláudia Maia, deixou expressa sua opinião de que, sem algum tipo de controle dessa natureza e sem haver responsabilização do provedor por negligência na adoção de tal medida, qualquer um pode fazer comentários depreciativos na Internet e prejudicar a reputação e imagem de outra pessoa sem qualquer consequência, o que não se compatibiliza com o nosso sistema jurídico.¹¹⁴

No caso em comento, verifica-se que a Desa utilizou a teoria do risco proveito, para responsabilizar o provedor, após impossibilitada a identificação do usuário causador do dano, uma vez que o provedor obtém proveito do serviço que oferece aos seus consumidores, e diante deste deve então arcar com as consequências negativas que podem advir da utilização de seus serviços.¹¹⁵

Exigir dos provedores de conteúdo uma análise prévia do conteúdo publicado não se mostra como a solução ideal para a problemática da disseminação de calúnias e difamação pela internet. Por sua vez, exigir isso dos provedores de acesso, ou *backbone*, se mostra mais desarrazoado ainda. Estes provedores provêm apenas o acesso do usuário a rede, sendo o provedor de acesso propriamente dito aquele que faz a ligação entre o usuário e a rede, e o de *backbone*, entre a rede local (país) e a rede mundial.

Aplicar a responsabilidade civil objetiva aos provedores, considerando sua atividade como sendo de risco, causaria diversos transtornos ao crescente

¹¹² Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 1193764 / SP - 2010/0084512-0 - Rel. Min. Nancy Adrighi – j. em 14/12/2010

¹¹³ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0439.08.085208-0/001, relator Cláudia Maia, ac. un., j. 12.02.09, DJ 16.03.09.

¹¹⁴ FILHO, Demócrito Reinaldo. Julgados sobre a responsabilidade dos provedores. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-20/jurisprudencia-responsabilidade-provedores-internet>> Acessado em 25/11/2013

desenvolvimento da internet. Inicialmente pode-se falar em um colapso no mercado de provedores com o encarecimento do serviço, pois com uma elevada taxa de condenação destes, por todo o conteúdo ofensivo que circula na internet, o risco atribuído à atividade a tornaria cara demais, ou então a aplicação de todas as medidas técnicas possíveis encareceria demasiadamente o custo da manutenção do sistema de redes no Brasil.

Também poderia se abrir caminho para o cometimento de fraudes, com enriquecimento às custas de indenizações por falsas ofensas, com ofensor e ofendido em conluio. Onde o ofendido buscaria a reparação pecuniária contra o provedor, que seria responsabilizado objetivamente, após a publicação de conteúdo ofensivo pelo suposto ofensor.

Outrossim, evidencia-se o papel do Poder Judiciário de garantir segurança jurídica em todas as relações sociais, mesmo que efetuadas em âmbito virtual, haja vista que não lhe é permitido estar alheio ao progresso e às transformações que acompanham a revolução tecnológica. É preciso, sobretudo, que a aplicação da responsabilização civil no âmbito da Internet não venha a tornar-se um óbice à difusão positiva do pensamento, tampouco à garantia de informação, grandes méritos da Internet.¹¹⁶

A internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e infenso à responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer.¹¹⁷

Deve-se tutelar os direitos da personalidade no meio virtual, de modo que se possa coibir a sua violação, mas sem restringir as liberdades já conquistadas e especialmente no âmbito da internet.

Mas é preciso não subestimar as consequências indesejadas que podem advir de um padrão de imunização por demais estrito para os provedores. Não se pode admitir que empresas que desenvolvam certas tecnologias da informação - as quais, apesar trazerem enormes benefícios em termos de integração social, também podem ser utilizadas como ferramentas para ataques aos direitos das pessoas - nunca sejam responsabilizadas. Na maioria dos casos de disseminação de conteúdo ilícito na Internet, os agentes que editam a informação não conseguem ser identificados. A dificuldade de identificar o autor direto do dano funciona como circunstância que pode justificar o direito da vítima voltar-se contra o provedor. Repugna ao Direito a idéia de que ocorra um prejuízo a alguém sem que haja a correspondente reparação. Daí que não seria desarrazoado, por exemplo, se a jurisprudência comesasse a exigir um maior grau de desenvolvimento ou melhorias nos sistemas de identificação dos usuários dos serviços gratuitos (a exemplo dos sites de relacionamento) prestados na Internet. É possível e mesmo viável a criação de uma teoria da responsabilidade subsidiária do provedor, para

¹¹⁶ ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS Sérgio Cabral dos; Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10422&revista_caderno=17#_ftnref5> Acessado em 13/11/13

¹¹⁷ Superior Tribunal de Justiça, 2ª. Turma, REsp 1.117.633-RO, rel. Min. Herman Benjamin, ac. un., j. 09.03.10, DJe 26.03.10.

enfrentar os problemas surgidos com a difusão de informações nos ambientes eletrônicos.¹¹⁸

Não há como responsabilizar os provedores objetivamente de todos os atos ilícitos que ocorrem na internet sob o risco de se por fim a um sistema de comunicação amplo, livre e democrático como jamais visto na história da humanidade, porém não se pode deixar em nome dessa liberdade os provedores sem nenhuma coerção sobre os atos cometidos na rede.

Assim o que se mostra mais apropriado aos casos em que usuários cometem danos à honra e a imagem dos demais, é responsabilizar o provedor de modo subsidiário quando não há possibilidade de identificação do usuário. Dessa forma estimulará um maior empenho dos provedores em desenvolver tecnologias para identificar os seus usuários, registrar suas publicações e manter os seus dados armazenados, para quando necessário dispor destas informações.

Nesse sentido insta destacar o conteúdo da súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça, que determina a responsabilidade civil em caso de publicação pela imprensa tanto o autor como o proprietário do veículo, nesse aspecto, evidencia-se a responsabilidade do provedor, quando o autor não é identificador para arcar com a reparação dos danos causados.¹¹⁹

Outro ponto importante, bastante destacado pela jurisprudência pátria, é com relação à notificação ao provedor do conteúdo ofensivo. As decisões proferidas pelos tribunais e isso vêm tornando-se predominante nos últimos anos, consideram os provedores de conteúdo solidariamente responsáveis pelo dano, quando da notificação da existência de conteúdo ofensivo deixam de retirá-lo da página, e impedir sua visualização, em prazo razoável.

Assim vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, considerando um dever do provedor a retirada imediata do conteúdo ofensivo a partir da sua ciência, como pode ser visto na presente ementa:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE

¹¹⁸ FILHO, Demócrito Reinaldo. Julgados sobre a responsabilidade dos provedores. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-20/jurisprudencia-responsabilidade-provedores-internet>> Acessado em 25/11/2013

¹¹⁹ STJ Súmula nº 221 - 12/05/1999 - DJ 26.05.1999 **Responsabilidade Civil - Publicação pela Imprensa - Ressarcimento de Dano.** São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.

MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.¹²⁰

Possibilitar a identificação nesse contexto, como destacado na ementa do julgado acima, implica em o provedor informar o número IP (Internet Protocol) do usuário que divulgou o conteúdo calunioso, para que assim possam as autoridades possuir subsídios para a identificação física do agente causador do dano.

Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.¹²¹ Foi o que disse a Min. Nancy Adrighi em decisão proferida em 2010.

Posição idêntica tomou o Ministro Marco Buzzi, que assim disse em um acórdão de sua relatoria: “observa-se que restaram comprovados os requisitos para responsabilizar o recorrente, que, ao tomar conhecimento sobre a invasão da conta existente no Orkut, não retirou o conteúdo ofensivo de forma imediata. Observe-se que o insurgente não foi responsabilizado pelas agressões praticadas por terceiro, mas por sua omissão, a qual é suficiente para a configuração do ilícito”.¹²²

Nesse sentido, insta pontuar que o provedor de conteúdo exime-se da responsabilidade, quando não há controle editorial prévio. Ainda que, nessas condições, responsabilizar-se-á, quando, notificado a respeito do ilícito, deixe de agir imediatamente, não bloqueando o acesso ou deixando de remover a informação ofensiva em tempo razoável.¹²³

Sendo assim, somente podem ser responsabilizados pelos atos ilícitos de terceiro quando forem formalmente notificados para agir contra esses atos e se mantiverem inertes, caso em que respondem por omissão.¹²⁴

Ressalte-se que a mencionada notificação pode ser via internet pelo próprio serviço oferecido pelo provedor, nos links que disponibiliza para denunciar abusos, assim não necessariamente a notificação exigida tenha que ser formal, em papel, assinada, ou ainda proferida pelo juízo, basta notificar o provedor de forma eficaz sobre o conteúdo ofensivo.

Se, por um lado, existe o forte temor de que ela [a internet] se torne um território nebuloso e sem lei, por outro, não se justifica que a responsabilização civil dos

¹²⁰ Superior Tribunal de Justiça, REsp 1193764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/08/2011.

¹²¹ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 1193764 / SP - 2010/0084512-0 - Rel. Min. Nancy Adrighi – j. em 14/12/2010.

¹²² Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 240.713, julgado em 17/09/2013.

¹²³ ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS Sérgio Cabral dos; Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10422&revista_caderno=17#_ftnref5> Acessado em 13/11/13.

¹²⁴ Ibid

prestadores de serviço que atuam em ambiente eletrônico se efetive à margem do Direito positivo, muitas vezes extrapolando os limites da razoabilidade. O equilíbrio entre esses extremos é o objetivo a ser alcançado.¹²⁵

Contudo já tramita no Congresso Nacional, um projeto de Lei intitulado, Marco Civil da Internet, este é um projeto de Lei que visa estabelecer direitos e deveres na utilização da Internet no Brasil. Atualmente, ele tramita na Câmara dos Deputados sob o número PL 5403/2001 (Era PL 2126/2011).¹²⁶

No entanto, com a legislação vigente no momento, o entendimento mais apropriado para a responsabilização dos provedores parece ser o da responsabilidade subsidiária. Pois não responsabiliza diretamente o provedor pelo conteúdo que ali foi hospedado e veiculado, mas lhe dá a oportunidade, uma vez que é este quem detém os meios técnicos, de identificar e apontar o verdadeiro causador do dano. Ademais é o provedor quem obtém vantagem pecuniária com o desenvolvimento da atividade, deve então ser também responsabilizado em alguma esfera pelos danos que ocorrem através de serviços que oferece.

Assim foi consolidando o entendimento dos tribunais, que encontrou reforço no entendimento desenvolvido pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de sempre buscar primeiramente a responsabilização do autor da ofensa, e subsidiariamente responsabilizar os provedores.

¹²⁵ PARENTONI, Leonardo Netto. Responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet: Breves notas. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6314>. Acesso em 18/11/13.

¹²⁶ Disponível em: <<http://marcocivil.com.br/o-que-e-o-marco-civil/>> Acessado em 09/12/2013.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou compreender a relação dos provedores e seus usuários e de que maneira devem os primeiros serem responsabilizados quando da ocorrência de um ato ofensivo ensejador do dano moral.

Assim no primeiro capítulo, foi visto o desenvolvimento e funcionamento da internet, distinguindo o funcionamento de cada categoria de provedor, e sua função. Após foi analisado a respeito da liberdade de expressão na rede, a necessidade de não interferência nesse espaço que é conhecido essencialmente por sua liberdade de expressar sentimentos, ideias, e pensamentos. Por fim no capítulo foi abordado a respeito da tutela aos direitos da personalidade, da honra, imagem e intimidade, suas características e seu caráter fundamental à pessoa humana.

No segundo capítulo desenvolveu-se a respeito das duas bases da responsabilidade civil, a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva. Buscou-se primeiramente observar de modo sintetizado a evolução histórica da responsabilidade civil, até nossos tempos, chegando ao ordenamento brasileiro. Então foi visto as bases da responsabilidade objetiva e subjetiva, suas distinções, e características, a fim de compreender melhor a sua aplicação aos casos concretos.

Assim com a base nos dois primeiros capítulos, passou-se no terceiro capítulo a demonstrar de que maneiras poderiam os provedores de internet serem responsabilizados pelos danos aos direitos da personalidade que ocorrem na rede. Buscou-se mostrar da inaplicabilidade de uma responsabilidade objetiva, que responsabilizasse sempre os provedores, mas que estes também não podem ser imunizados dos danos causados por seus usuários que fazem mau uso da internet.

Dessa maneira, chegou-se a conclusão de que a melhor maneira de se manter uma segurança jurídica nas relações da internet, e proteger os direitos da personalidade aqui estudados, honra, imagem, e intimidade, é aplicar aos provedores a responsabilidade de forma subsidiária. Assim, busca-se primeiramente responsabilizar o agente do dano, requisitando e exigindo do provedor, todas as informações virtuais necessárias para a identificação deste, sendo sua obrigação obter e guardar estas informações, sobre os atos que ocorrem na rede, e assim apenas responsabilizar o servidor se este não for identificado.

Constatou-se também que caso o provedor aja com morosidade, ou até mesmo omissão, e não retira a publicação ofensiva da página, em tempo razoável após notificação da existência desta, passa a responder de forma solidária ao agente causador do dano, pela ofensa realizada, e o dano causado.

A adoção dessas medidas visa responsabilizar os agentes da internet pelos atos nelas cometidos, para que não torne o que hoje é visto como a maior ferramenta de comunicação já criada na história da humanidade, um espaço sem limites, sem

responsabilização, sem consequências dos atos cometidos. Por isso busca-se primordialmente responsabilizar o agente causados do dano, o usuário da rede, para que desse modo também se possa desestimular outros usuários à praticas ilegais. Porém como ainda é grande a dificuldade de identificação destes, e não há em alguns casos a preocupação necessária do provedor para promover esta identificação, passa-se o ônus do dano causado ao provedor, já que este é quem se beneficia da atividade desenvolvida, passa a responder pelos danos por ela causados em que não teve o seu agente causador identificado.

Conclui-se que a melhor maneira de coibir os ilícitos na internet é responsabilizar as pessoas, usuárias da rede por seus atos, mas para que não fique a vítima sem amparo, nos casos em que essa identificação é impossível, a responsabilidade deve recair sempre sobre o provedor responsável, aquele que manteve público o conteúdo ofensivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação, in Direito e internet**, São Paulo Revista dos Tribunais 2001.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2000.

MONTENEGRO, Antonio Lindberg. **A Internet em suas Relações Contratuais e Extracontratuais**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003

MAIA, Daniele Medina, et al, **Teoria geral da responsabilidade civil**, Série direito empresarial. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**, São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Responsabilidade Civil, v. 4**, São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA JR, Artur Martinho de, **Danos Morais e à Imagem**, Lex Editora São Paulo 2007.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros. São Paulo. 2010,

COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Civil, Parte Geral**, Saraiva. São Paulo. 2009.

GRECO, Marco Aurelio, MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito e Internet**. Revista dos Tribunais, São Paulo 2001

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet, aspectos jurídicos relevantes**. Edipro. São Paulo. 2000.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação, teoria e proteção constitucional**. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2004.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Saraiva. São Paulo. 2010.

Brasil. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, **Acesso à Internet e Posse de Telefone Móvel Celular para Uso pessoal, 2011** p. 32

Diário Catarinense, 10/11/2013. Disponível em:

<<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/policia/noticia/2013/11/crime-virtual-aumenta-93-em-sc-4329382.html>> Acessado em 10/11/2013.

Globo.com Disponível em <<http://ego.globo.com/famosos/noticia/2012/07/google-vence-acao-que-daniella-cicarelli-move-por-cao-de-video.html>> Acessado em 13/11/2013

FILHO, Demócrito Reinaldo. **Julgados sobre a responsabilidade dos provedores.**

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-20/jurisprudencia-responsabilidade-provedores-internet>> Acessado em 25/11/2013

MONTEIRO, Luís. **A internet como meio de comunicação: possibilidades e limitações.** Disponível

<http://www.jack.eti.br/www/arquivos/documentos/trabalhos/fae/Trabalho_Redetes_Adin_arte_26032008.pdf> acessado em 13/11/2013

KLEINA, Nilton, **A história da Internet: Pré-década de 60 até anos 80 [infográfico]**, Disponível em <<http://nzn.me/a9847>> Acessado em 12/11/2013.

ARAÚJO, Laíss Targino Casullo de; REIS Sérgio Cabral dos; **Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10422&revista_caderno=17#_ftnref5> Acessado em 13/11/13.

LOURENÇO, Shandor Portella, **A responsabilidade civil extracontratual dos provedores pelos danos causados através da internet.** Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/shandor_portella_lourenco.pdf> p. 489 Acessado em 19/11/13.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet: Breves notas.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6314>.

Acessado em 18/11/13.

RABANEDA, Fabiano, **A responsabilidade civil dos provedores.** Disponível em:

<http://www.fenainfo.org.br/artigos_ver.php?id=9> Acessado em 13/11/13.

Superior Tribunal de Justiça, 2ª. Turma, REsp 1.117.633-RO, rel. Min. Herman Benjamin, ac. un., j. 09.03.10, DJe 26.03.10.

Tribunal de Justiça de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível n. 431.247-4/0-00 – Relator: Salles Rossi – 22.03.07 – V.U.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 10ª. Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70018993626 – Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann – j. em 12/07/2007.

Tribunal de Justiça do Paraná 5ª Câmara Cível – Apelação Cível nº. 130075-8 – Rel. Des. Antônio Gomes da Silva – j. em 19/11/2002.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 3ª Câmara Cível – Apelação Cível nº. 2004.001.03955 – Rel. Des. Orlando Secco – j. em 04/11/2004.

Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 1193764 / SP - 2010/0084512-0 - Rel. Min. Nancy Adrighi – j. em 14/12/2010.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0439.08.085208-0/001, relator Cláudia Maia, ac. un., j. 12.02.09, DJ 16.03.09.

Superior Tribunal de Justiça, 2ª. Turma, REsp 1.117.633-RO, rel. Min. Herman Benjamin, ac. un., j. 09.03.10, DJe 26.03.10.

Superior Tribunal de Justiça, REsp 1193764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/08/2011.

Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 1193764 / SP - 2010/0084512-0 - Rel. Min. Nancy Adrighi – j. em 14/12/2010.

Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 240.713, julgado em 17/09/2013.